ESTUDIOS

DE

DERECHO ROMANO

ESTUDIOS

DE

DERECHO ROMANO

COMPARADO EN ALGUNOS PUNTOS

CON EL FRANCÉS, EL INGLÉS Y EL ESCOCÉS

POR

LORD MACKENZIE

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO (COURT OF SESSION) DE ESCOCIA

TRADUCIDO DE LA TERCERA EDICION

y ampliado con notas é indicaciones relativas al Derecho español comun y foral

POR

SANTIAGO INNERÁRITY

ANTIGUO ALUMNO DE LA UNIVERSIDAD DE CAMBRIDGE

Y

GUMERSINDO DE AZCARATE

EX-PROFESOR DE LEGISLACION COMPARADA EN LA UNIVERSIDAD DE MADRID

MADRID

FRANCISCO GÓNGORA, EDITOR

CORREDERA BAJA, NÚM. 7

1876

AL LECTOR

Ningun pueblo ha tenido la fortuna que el Romano, en cuanto al destino de la obra por él producida en la vida. Su Derecho es, primero, el vínculo enérgico de que se sirve para consolidar la unidad que formara en un principio la fuerza; es despues el elemento que, profundamente arraigado en las costumbres y en el sentimiento de la sociedad, queda vivo en medio de la revolucion de las ideas verificada por el Cristianismo, y de la de los hechos ocasionada por la invasion de los pueblos germanos; es más tarde, en manos de los legistas y de los jurisconsultos, la palanca poderosa con que la Monarquía quebranta el feudalismo y con que la Revolucion lo destruye; y es hoy, por último, uno de los factores que en más ó ménos grado constituyen la Legislacion de los pueblos cultos.

No es extraño, por lo mismo, que en armonía con esta importancia que alcanza en el órden de los hechos, despierte tanto interés en la esfera de la ciencia, para la que es este estudio como tema inagotable, que los jurisconsultos y los historiadores del Derecho escudriñan y desenvuelven con tal empeño y fortuna, que no sin razon se ha dicho que hoy conocemos

aquella Legislacion mejor que la conocieron los Romanos mismos.

Cierto que el entusiasmo y admiracion por este Derecho ha llevado á ciertos escritores á suponerlo obra perpétua é irreformable, como si aquel gran pueblo hubiera dicho la última palabra en la materia, hasta el punto de dispensar á los siglos y generaciones que le han sucedido del trabajo de producir por esfuerzo propio cosa alguna en esta importante esfera de la actividad; pero, áun desechada tal pretension, contradicha por los hechos é incompatible con las leyes de la vida, siempre resultará que el estudio del Derecho Romano interesa por un triple motivo: primero, porque es la obra de uno de los pueblos más grandes que nos muestra la Historia; segundo, porque es un elemento integrante de la Legislacion actual de las naciones civilizadas; y tercero, porque, cualesquiera que sean las reformas jurídicas que en lo futuro se lleven á cabo, le ha de tocar una buena parte en la composicion de principios en que habrán de inspirarse aquellas.

Esta consideracion nos ha movido á traducir el libro de Lord Mackenzie, producido á consecuencia del movimiento iniciado recientemente en Inglaterra, donde va despertando el estudio del Derecho Romano un interés que ántes no alcanzara por la naturaleza peculiar de la Legislacion de aquel país y del modo como se ha ido desenvolviendo en la historia. El distinguido magistrado escocés ha conseguido lo que se proponia, puesto que realmente es su obra un *buen libro elemental;* es un *excelente Manual*, diríamos, si éstos no estuvieran tan desacreditados entre nosotros. Ha conseguido encerrar en pocas páginas lo esencial

de la Legislacion Romana, no limitándose al Derecho civil, sino abarcando el penal, el procesal y el político; ha consultado numerosas fuentes, pero sin dejarse llevar de la tentacion de utilizarlas más de lo debido, para no desnaturalizar la obra, aunque indicándolas al lector para que pueda servirse de ellas y ampliar el estudio de cada caso; y así ha resultado un Tratado, á la par elemental y sério, interesante y ameno, y que sirve, de un lado, para iniciar á los extraños á este género de estudios en el conocimiento del contenido sustancial del Derecho Romano; y de otro, como guía é indicador de las fuentes convenientes para hacer trabajos más ámplios y detenidos.

Contribuye no poco á aumentar el interés del libro el estudio comparado que, al ocuparse de las instituciones más importantes, hace el autor de las Legislaciones francesa, inglesa y escocesa con la romana. El Derecho francés es el resúmen de todo el sentido jurídico de los tiempos modernos, y en él se inspiran, por lo mismo, cási todas las Legislaciones modernas. El inglés, por el contrario, es el más histórico y tradicional, el que conserva más elementos germanos y feudales, y contiene ménos romanos. El escocés, más feudal en una esfera y más romano en otras que aquel, tiene, además, caractéres peculiarísimos, como, por ejemplo, en lo relativo al matrimonio. De aquí resulta que el estudio comparativo que hace el autor recae sobre los tipos más salientes y distintos del Derecho positivo moderno.

Por nuestra parte, hemos creido conveniente limitarnos á intercalar en el texto brevísimas indicaciones sobre el Derecho español, para que los que todavía no estén iniciados en él, puedan comparar el carácter

general de nuestras instituciones jurídicas con el de las análogas de aquellas otras Legislaciones; y á aclarar y ampliar el texto por medio de algunas notas sucintas, principalmente para dar cuenta de las reformas llevadas á cabo con posterioridad á la publicacion del libro en el Derecho inglés, sometido á una constante y no interrumpida modificacion, debida en primer término á la naturaleza de las fuentes del Derecho de aquel país. Claro es, por tanto, que no entra en nuestro propósito discutir ni completar las opiniones del autor, lo cual, sobre habernos llevado demasiado léjos, habria desnaturalizado la índole de la obra.

Si ésta reporta alguna utilidad á los que por profesion cultivan este género de conocimientos y á los jóvenes que comienzan su estudio; y si contribuye á que el público en general se interese más vivamente cada dia por la suerte del Derecho, fiada hoy ya en los pueblos civilizados á la sociedad misma, y no á legisladores que se imponen, veremos realizado el propósito que nos ha movido á traducirla.

Los Traductores.

PREFACIO

Durante los últimos cincuenta años, el estudio del Derecho Romano ha hecho grandes adelantos en el Continente europeo, especialmente en Alemania y Francia. El descubrimiento de obras antiguas, desde largo tiempo sepultadas en el olvido, y los profundos estudios de algunos eminentes historiadores y jurisconsultos, han arrojado nueva luz sobre esta parte de la Jurisprudencia y modificado esencialmente su aspecto general. En Inglaterra no vemos este estudio á la altura que entre nuestros vecinos del Continente; pero es notable el deseo manifestado recientemente en los círculos profesionales de elevar el nivel de la enseñanza jurídica, consagrando mayor atencion al Derecho Romano y á la Jurisprudencia en general.

Esto ha conducido á la institucion de nuevas cátedras en algunas Universidades y en los colegios de abogados de Lóndres, así como ha inspirado á los escritores ingleses un número considerable de obras sobre el Derecho Romano, no iguales en mérito, es verdad, pero que han servido todas para enriquecer nuestra literatura jurídica.

Sin entrar en el terreno ya ocupado por estos escri-

tores, hace falta en Inglaterra una buena obra elemental, en la que se expongan de un modo claro y sencillo y con exactitud los principios generales del Derecho Romano, acompañada de las indicaciones históricas que son necesarias para conocer esta Legislacion.

En la presente obra hemos tratado de exponer con concision lo esencial del Derecho Romano, tal como existia en el período de su mayor desarrollo en el siglo de Justiniano, habiendo procurado con gran empeño simplificar el asunto todo lo posible, siguiendo un órden sistemático, evitando entrar en recónditas investigaciones históricas y limitándonos á lo más útil é instructivo.

Comenzamos nuestro trabajo trazando un bosquejo histórico de las fuentes del Derecho Romano y de los cambios políticos ocurridos desde la fundacion de Roma hasta Justiniano; de los trabajos legislativos de este Emperador á mediados del siglo VI, cuando fueron revisadas y coleccionadas todas las leyes y Constituciones imperiales existentes; de la suerte de la Legislacion de Justiniano en Oriente y Occidente; y finalmente del renacimiento del estudio del Derecho Romano en Europa en el siglo XII, y los adelantamientos de esta rama de la ciencia desde aquella época hasta los tiempos actuales. Luégo, despues de un capítulo preliminar consagrado á hacer un breve exámen del Derecho y de sus divisiones principales, sigue una exposicion general del Romano, dividida en seis partes, y basada principalmente en las *Instituciones* de Justiniano, pero omitiendo algunos títulos que han caido en desuso ó que son inútiles, y añadiendo en cambio otros capítulos sobre varios asuntos importantes sacados de las Pandectas, del Código y de las Novelas, así como tambien de los escritos de Gayo y de otros autores. Estos capítulos se encontrarán diseminados en todo el libro y principalmente en las partes quinta y sexta.

A esta exposicion, que responde á nuestro principal propósito, se ha agregado otra, á ella subordinada, en la que se hacen comparaciones más ó ménos importantes entre la Legislacion Romana y el Derecho de Francia, de Inglaterra y de Escocia; y por imperfectas que ellas sean, y no obstante estar encerradas dentro de estrechos límites, es de esperar que el lector encontrará preferible esto á que, siguiendo el ejemplo dado por muchos escritores sobre Derecho Romano, entráramos en pormenores minuciosos y técnicos referentes á las instituciones y costumbres antiguas, que poca ó ninguna transcendencia tienen para la Jurisprudencia moderna.

En cuanto al órden de materias, bastará la siguiente explicacion. En la parte primera, que trata del derecho de las personas, se exponen los derechos políticos en cuanto influyen en el derecho privado, la capacidad jurídica de los individuos para adquirir y disponer de la propiedad, los derechos que se refieren al *status* y á las relaciones de familia, y de las personas artificiales denominadas corporaciones.

El derecho patrimonial, llamado por algunos derecho de las cosas, se divide naturalmente en tres clases: 1.ª, lo que llaman los jurisconsultos modernos derechos reales; 2.ª, derechos que nacen de las obligaciones; y 3.ª, derechos que se originan de la sucesion. Estas tres clases de derechos se explican sucesivamente en las partes primera, segunda y tercera.

Como las acciones y el procedimiento civil son los medios que la ley proporciona para obtener el respeto de nuestros derechos, se tratan en la parte quinta, miéntras que el derecho criminal y su procedimiento se encuentran en la parte sexta. El capítulo último está consagrado á una breve reseña del foro Romano.

Hemos puesto á contribucion, para escribir este libro, las mejores obras sobre el Derecho Romano. En el *Diccionario de Antigüedades Griegas y Romanas* del Dr. Smith, hay una série de artículos provechosos sobre el Derecho Romano, escritos por el consumado helenista Jorge Long, de quien hemos tomado datos de gran valor. Entre los jurisconsultos modernos extranjeros debemos hacer mencion de Marezoll, Mackeldey, Warnkoenig, Ortolan, De Fresquet y Cárlos Maynz, escritores que han alcanzado una justa nombradía en el Continente, y que no son tan conocidos en Inglaterra como merecen.

Respecto del Derecho francés, hemos acudido principalmente á las obras admirables de Pothier, á los Códigos modernos franceses y á los comentarios escritos sobre ellos, incluso el celebrado *Manual de Derecho francés*, de Paillet.

En cuanto al Derecho inglés y al escocés, nos hemos valido de aquellos autores generalmente considerados como los más autorizados. El libro de M. Paterson, *Compendio de Derecho inglés y escocés*, nos ha sido muy útil por las comparaciones interesantes que hace entre las Legislaciones de Inglaterra y Escocia.

A pesar de la extension y variedad de las materias que tratamos, hemos condensado éstas de manera que no exceda los límites de un tomo en 8.° Este plan tiene sin duda sus inconvenientes, pues hace imposible

entrar en una multitud de pormenores que se encontrarán en obras más eruditas; pero el compendio gustará á aquellos para quienes ha sido escrito más que un libro voluminoso. Esperamos del lector indulgencia para los errores é imperfecciones, que, á pesar de todo el esmero que hemos puesto, son inevitables en una obra de esta clase, y es de esperar que, con todos sus defectos, se hallará en este libro una idea comprensiva del Derecho Romano, con algunas indicaciones interesantes referentes á la difícil ciencia de la Legislacion comparada.

NOTA PUESTA AL PREFACIO

EN LA SEGUNDA EDICION

Al hacer una segunda edicion de esta obra, el autor ha aprovechado la oportunidad para llevar á cabo en ella algunas correcciones y adiciones, principalmente en el Bosquejo histórico y en el Capítulo preliminar. Al propio tiempo debe hacer aquí presente su reconocimiento á su amigo, el abogado M. Georges Monro, por haber tomado á su cargo la revision y correccion de las pruebas de esta edicion.

NOTA DE LA TERCERA EDICION

Cuando se preparaba la tercera edicion de este libro, su ilustre autor vivia aún, pero siendo su salud

tan delicada que no podia tomar parte alguna en este trabajo. Por este motivo se me encargó que revisara la obra, cosa que habia ya hecho con la edicion anterior. Me ha auxiliado en este trabajo, por lo que hace al Derecho francés, Mr. Patrick Fraser, Sheriff del Condado de Renfrew, autor de várias obras notables sobre Derecho escocés. Por lo que hace al Derecho inglés, las notas añadidas á la presente edicion han sido revisadas por el hermano político del autor, Mr. J. O. Jones, Procurador (*solicitor*) de Liverpool, que ya ayudó eficazmente á hacer las ediciones anteriores.

La segunda edicion no se hizo bajo la direccion de Lord Mackenzie, pero sí teniendo á la vista el manuscrito esmerado y completo del autor. En esta tercera se reproducen exactamente el texto y las notas de la anterior, tratándose las materias nuevas por medio de notas adicionales, que distinguimos con un asterisco de las originales de Lord Mackenzie, que van todas numeradas. En dichas notas damos cuenta de algunas de las reformas hechas recientemente en las Legislaciones de Francia, de Inglaterra y de Escocia. Hemos procurado que la paginacion de esta edicion corresponda cási exactamente á la de la segunda.

La primera se hizo en 1862 y la segunda en 1865. El autor murió en Setiembre de 1869 (1).

GEORGE MONRO, ABOGADO,

Sheriff de Linlithgow, Clackmannan, y Kinross.

(1) La tercera edicion es de 1870.

OBRAS CITADAS Ó CONSULTADAS

Addison (C. G., abogado) Treatise on the Law of Contract, 8vo, 5th edit., London, 1862 (Tratado sobre el derecho relativo á contratos.)

Arnot (Hugo), Criminal Trials in Scotland, (Procedimiento criminal de Escocia), 4to, Edinburgh, 1785.

Aulus Gellius, Noctes Atticæ, 8vo.

Austin (John, Barrister-at-Law), The Province of Jurisprudence determined, 8vo, 2d edit., London, 1860. (Determinacion de los límites de la jurisprudencia.)

———— Outline of Lectures on General Jurisprudence, 1832. (Bosquejo de explicaciones sobre la jurisprudencia en general.)

———— Lectures on Jurisprudence: (Explicaciones sobre Jurisprudencia.)

Bankton (Lord) Institute of the Laws of Scotland in Civil Rigbts, 3 vols. folio, 1751. (Instituciones de Derecho civil escocés.)

Beaufort (Louis de), Histoire de la République Romaine, ou Plan Général de l'Ancien Gouvernement de Rome, 2 tom., 4to, Hague, 1766.

Becker (W. A.), Gallus, or Roman Scenes of the time of Augustus, with Notes illustrative of the manners and customs of the Romans, translated from the German by Metcalfe, 8vo, London, 1849. (Galo, ó sean, Escenas Romanas del tiempo de Augusto, con notas descriptivas de las maneras y costumbres de los Romanos, traducido del aleman por Metcalfe.

Bell (Professor George Joseph), Commentaries on the Laws of Scotland, 5th edition, 2 vols quarto, Edinburgh, 1826, new edition by Shaw, 1858. (Comentarios á las Leyes de Escocia.)

———— Principles of the Law of Scotland, 5th edt., by Shaw, 8vo, 1860. (Principios del Derecho de Escocia.)

Bernardi (M.), De l'Origine et des Progrés de la Legislation Française, 8vo, Paris, 1816.

Blackstone (Sir William), Commentaries on the Laws of England, 4 vols. 8vo, edition del Dr. Kerrs, London, 1862. (Comentarios á las Leyes de Inglaterra.)

Böcking (E.), Notitia dignitatum et administrationum tam civilium quam militarium in Partibus Orientis et Occidentis (edicion ilustrada), 2 vols. 8vo., Bonn, 1839 á 1853.

Bonjeau (M.), Traité des Actions, ou Exposition Historique de l'Organisation Judiciaire et de la Procedure civile chez les Romains, 3 edition, 1846.

Bouillet (M. N.), Dictionnaire Universel des Sciences, des Lettres, et des Arts, 4 ed., 8vo, Paris, 1859.

Bowyer (Sir George), Commentaries on the Modern Civil Law, 8vo. Lóndres, 1848. (Comentarios al Derecho civil moderno.)

Broon (Herbert), Commentaries on the Common Law, 8vo, London, 1856. (Comentarios al Derecho comun.)

Brougham (Lord), British Constitution, 8vo, Lóndres, 1861. (La Constitucion británica.)

Browne (Dr.), Compendious View of the Civil Law, 1 vol. 8vo, 1802. (Compendio de Derecho Civil.)

Burge (W.), Commentaries on Colonial and Foreign Laws, 4 vols. 8vo, Lóndres, 1838. (Comentarios á las leyes coloniales y extranjeras.)

Camus, Lettres sur la profession d'Avocat, Paris, 1772, 4 edit. 8vo, par Dupin, Paris, 1818.

Colquhoun (Dr. Patrick), Summary of the Roman Civil Law, illustrated by Commentaries on, and Parallels from the Mosaic, Canon, Mohammedan, English and Foreign Law, 4 vols. 8vo, Lóndres, 1849-1860. (Sumario de Derecho Romano, ilustrado por comentarios y comparaciones sacadas del Derecho Mosáico, del Canónico, del Mahometano, del Inglés y del extranjero.)

Cujacius (Jac.), Opera Omnia, 2 vols. folio, Venet, 1758-1783.

De Fresquet (R., Profesor de Derecho Romano en Aix), Traité Elementaire de Droit Romain, 2 vols. 8vo, París, 1855.

Dickson, (W. G.), Treatise on the Law of Evidence in Scotland, 2 vols. 8vo, Edinburgh, 1855. (Tratado sobre las Pruebas por Derecho escocés.)

Dirksen (Henry Ed., Profesor de Derecho en Koenigsberg), Sketch of the efforts made to restore the text of the Twelve Tables, Leipzig, 1824. (Bosquejo de los ensayos hechos para restaurar el texto de las Doce Tablas.)

Domat (J.), Les Lois civiles dans leur ordre naturel, 2 vols. folio, París, 1689-1777. Traducido al inglés por el Dr. Strahan, 2 vols. folio, Lóndres, 1722.

Ducange (Charles Dufresne), Glossarium Mediæ et Infimæ Latinitatis, 3 vols. in folio, 1678. Suplemento al mismo, por L. Diefenbach, Frankfort, 1857.

Ducaurroy (A. M., Profesor de Derecho Romano en París), Les Institutes de Justinien nouvellement expliquées, 3 vols. 8vo, París, 1822-1827. 8 ed., 1751.

Encyclopédie Methodique de Jurisprudence, 10 vols. 4to, París, 1782-1791.

Erskine (John, Profesor de Derecho en Edimburgo), Institutes of the Law of Scotland, 2 vols. folio, 1773, nueva edicion con notas, por Ivory, 1828. (Instituciones de Derecho escocés.)

——— Principles of the Law of Scotland, 8vo, 1754, nueva edicion, por J. G. Smith, 8vo, 1860. (Principios del Derecho escocés.)

Falck, Cours d'Introduction Générale á l'Etude du Droit, ou Encyclopédie juridique, traduite de l'Allemand par C. A. Pellat, 8vo, París, 1841.

Fœlix (M.), Traité du Droit international privé, 3 ed., revue par Charles Demangeat, 2 vols. 8vo, París, 1856.

Graser (Patrick), Treatise on the Law of Scotland as applicable to the Personal and Domestic Relations, 2 vols. 8vo, Edinburgh, 1846. (Tratado de Derecho escocés, en la parte referente á las relaciones personales y domésticas.)

Gaius, Institutionum Commentarii Quatuor, emendavit Eduardus Böcking, 4 ed., 8vo, Lipsiæ, 1855.

Gibbon (Ed.), History of the Decline and Fall of the Roman Empire, ch. 44. (Historia de la decadencia y ruina del Imperio Romano.)

Giraud, Dissertation sur la Gentilité Romaine.

Gneist (Dr. Rud.), Institutionum et Regularum Juris Romani Syntagma; exhibens Gaii et Justiniani Institutionum Synopsin, Ulpiani Librum Singularem Regularum, Pauli Sententiarum Delectum, 8vo, Lipsiæ, 1858.

Godefroy (Jacobo), Manuale juris seu parva Juris mysteria, 9 ed., Ginebra, 1677.

——— Quatuor Fontes Juris Civilis, Ginebra, 1653.

Grant, On Corporations, 8vo, Lóndres, 1850. (De las Corporaciones.)

Greaves (Charles S. Q. C.), The Criminal Law Consolidation and Amendment Acts, 24 and 25, Vict., with Notes, 2 ed., 8vo, London, 1862. (De los Estatutos dictados para la consolidacion y reforma del Derecho criminal.)

Grellet-Dumazeau (M. Th.), Le Barreau Romain depuis son origine jusqu'a Justinien, 8vo, Paris, 1851.

Grotius (Hugo), De Jure belli ac pacis, 4to, París, 1625, traducido al francés por Barbeyrac.

Gutierrez (D. Benito), Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, 7 vols. Madrid, 1862-1874 (consultado por los traductores.)

Hallifax (Dr. Samuel), Analysis of the Roman Civil Law, 4 ed., 8vo,

Cambridge, 1795, nueva ed., por Geldart, 1836. (Análisis del Derecho Civil Romano.)

Harris (Dr. George), Justinian's Institutions, translated into English, with Notes, 3 ed., 4to, Oxford, 1811. (Instituciones de Justiniano, traducidas al inglés.)

Haubold (Ch. Got.), Institutiones Juris Romani Literariæ, 8vo, Lips., 1808.

——— Manuale Basilicorum, Lips., 1819.

Hautefeuille (L. B.), Des droits et des devoirs des Nations neutres en temps de guerre maritime, 4 vols. 8vo, 1848-1850.

Heineccius (Jo. Gatt.), Elementa Juris Civilis secundum ordinem Institutionum, 8vo, Halle, 1785.

——— Elementa Juris Civilis secundum ordinem Pandectarum, 2 vols. 8vo, Rotterodami, 1778.

——— Antiquitatum Romanarum Jurisprudentiam illustrantium syntagma, editio nova, 2 vols. 8vo, Argentorati, 1755.

Homberg (And.), De multitudine nimia commentaturum in Institutiones Juris, 4to, Helmstadt, 1701.

Hume's, Political Discourses. (Discursos políticos de Hume.)

Hume (Baron), Commentaries on the Laws of Scotland respecting crime, 2 vols. 4to, Edimburgh, 1844. (Comentarios al Derecho penal escocés.)

Huschke (Ph. Eduardus), Jurisprudentiæ Antejustiniannæ quæ supersunt, 8vo, Lipsiæ, 1861.

Irving (Dr. David), Introduction to the Study of Civil Law, 4 ed., 8vo, Lóndres, 1837. (Introduccion al estudio del Derecho Civil.)

Jones (Sir William), Essay on the Law of Bailments, 4 ed., Lóndres, 1833. (Ensayo sobre las leyes relativas á arrendamiento, comodato, etcétera.)

Kent (James), Commentaries on American Law, 4 vols. 8vo, 10 ed., Boston, 1860. (Comentarios al Derecho americano.)

Laboulaye (Edouard), Essai sur les lois criminelles des Romains concernaut la responsabilité des magistrats, 8vo, Paris, 1845.

Leapingwell (Dr. George), Manual of the Roman Law, arranged after the Analysis of Dr. Hallifax, 8vo, Cambridge, 1859. (Manual del Derecho Romano arreglado conforme al análisis del Dr. Hallifax.)

Lee (Principal), Lectures on the History of the Church of Scotland, 2 vols. 8vo, Edinburgh, 1860. (Explicaciones sobre la Historia de la Iglesia de Escocia.)

Lerminier (E.), Introduction générale á l'Histoire du Droit, 2 ed., 8vo, Paris, 1835.

Lindley (Nathaniel), Introduction to the Study of Jurisprudence, being a translation of the general part of Thibaut's System des Pandekten Rechts, with Notes, 8vo, London, 1855. (Introduccion al estudio de la jurisprudencia, traduccion de la parte general de la obra de Thibaut sobre el derecho de las Pandectas.)

——— Treatise on the Law of Partnership, 2 vols. 8vo, London, 1860. (Tratado de la legislacion sobre Sociedades.)

Long (Professr George), Articles on Roman Law, in Dr. Smith's Dictionary of Greek and Roman Antiquities, 2 ed., 8vo, London, 1866. (Artículos sobre el Derecho Romano del Diccionario de antigüedades griegas y romanas del Dr. Smith.)

Mackeldey (Dr. F., Professor de Derecho en Bonn), Lehrbuch des heutigen Romischen Rechts, Giessen, 1842; ó

——— Manuel de Droit Romain, contenant la Theorie des Institutes, traduit de l'Allemand par Beving, 8vo, Bruxelles, 1846.

Maine (Henry Sumner), Ancient Law, its connection with the early History of society and its relation to modern ideas, 8vo, London, 1861. (Derecho antiguo, su conexion con la Historia primitiva de la sociedad y su relacion con las ideas modernas.)

Mai (Angelo), Vaticana Juris Romani fragmenta, París, 1828.

Marezoll (Theodore, Profesor en la Universidad de Leipsic), Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts Leipzig, 1850; ó

——— Précis d'un cours sur l'ensemble du Droit privé des Romains, traduit de l'Allemand par C. A. Pellat, 2 ed., 8vo, Paris, 1852.

Martens (George Frederick, Profesor en Gotinga), Précis du Droit des Gens moderne de l'Europe, nouvelle edition, par M. Ch. Vergé, 2 vols. 8vo, París, 1858.

Maynz (Charles, Profesor de Derecho Romano en Bruselas), Elements du Droit Romain, 2 ed., 2 vols. 8vo, París, 1856.)

Meerman (Gerard), Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici ex collectione et Museo Gerardi Meermanni, 7 vols. folio, Hagæ, 1751-1753, con un suplemento publicado en un tomo por el hijo de Meerman en 1780.

Montesquieu (Ch. de Secondat, Baron de), Considerations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur decadence, 8vo, París, 1755.

——— Œuvres de Montesquieu, avec les notes de tous les commentateurs, edition publié par L. Parrelle, 8 vols. 8vo, París, 1826.

Montreuil, Histoire du Droit Byzantin, ou du Droit Romain dans l'Empire d'Orient, depuis la mort de Justinien jusqu'á la prise de Constantinople en 1453, 3 vols. 8vo, Paris, 1857.

Mühlenbruch (Ch. Fred.), Doctrina Pandectarum, 3 vols., editio quarta, Halæ, 1834.

Ortolan (Profesor de Derecho en Paris), Explication Historique des Ins-

titutes de l'Empereur Justinien; précedée de l'Histoire de la Legislation Romaine et d'une Generalisation du Droit Romain, 6 ed., 3 vols. 8vo, Paris, 1857.

Ortolan (M.), Elements du Droit Penal, 8vo, Paris, 1855.

Otto (Ed. Ev., Profesor de Derecho en Utrecht), Thessaurus Juris Romani, continens rariora meliorum interpretum opuscula, in quibus jus Romanorum emendatur, explicatur, illustratur, 5 vols. folio, Basil, 1744.

Paillet (Jean-Baptiste Joseph, Juez del Tribunal de apelacion), Manuel du Droit Français, 8 ed., 4to, Paris, 1838. Además de muchas noticias útiles sobre otros asuntos contiene esta obra:

1.° La historia de las Instituciones Nacionales; 2.° La Carta Constitucional de 1830 con las leyes que la completan; 3.° Los siete Códigos, con notas y numerosas sentencias del Tribunal de Casacion y de los Tribunales Reales; y 4.° Las Leyes y Ordenanzas publicadas desde la Revolucion hasta el mes de Diciembre de 1837.

Paley (William), Principles of Moral and Political Philosophy, 8vo. (Principios de Filosofía Moral y de Política.)

Paterson (James), Compendium of English and Scotch Law, stating tiher differences, with a Dictionary of Parallel terms and phrases, 8vo, Edinburgh, 1860. (Compendio de Derecho inglés y escocés en comparacion el uno con el otro, con un diccionario de correspondencia de términos y frases de ámbas legislaciones.)

Paul (Father) History of the Council of Trent, translated from the Italian into English, by Natheniel Brent, folio, London, 1620. (Historia dei Concilio de Trento, traducido del italiano al inglés.)

Perezius (Ant., Profesor de Derecho en Lovaina), Prælectiones in Duodecim Libros Cidicis, editio nova in 4to, Amst, 1671.

Phillimore (John George), Introduction to the Study and History of the Roman Law, 8vo, Lóndres, 1848. (Introduccion al estudio y á la Historia del Derecho Romano.)

Polson (A.), Principles of the Law of Nations, 8vo, Lóndres, 1848. (Principios de Derecho Internacional.)

Pothier (Robert Joseph), Pandectæ Justinianæ in novum ordinem digestæ cum Legibus Codicis, et Novellis, quæ jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant, 8 vols. in folio, Paris, 1748-1752; nova editio, 5 vols. 4to, Paris, 1818.

——— Œuvres completes de Pothier, Précedée d'une Dissertation sursa vie et ses ecrits, par MM. Rogron et Firbach, Avocats á la Cour de Cassation, 2 vols. 8vo, Paris, 1835.

Rogron, Code Civil, Expliqué, Bruselles, 1838.

Roscoe (Henry), Digest of the Law of Evidence, 8vo, 10 ed., Lóndres, 1861. (Digesto del Derecho relativo á pruebas.)

Rutherforth (T.), Institutes of Natural Law, being the substance of á course of Lectures on Grotius de Juris Belli et Pacis, 2 vols. 8vo, Cambridge, 1756. (Instituciones de Derecho natural, resúmen de un curso sobre la obra Grocio: de Jure Belli et Pacis.)

Sandars, Translation of Justinian's Institutes, with notes, 8vo, 2 ed., London, 1859. (Traduccion de las Instituciones de Justiniano.)

Savigny (Frederick Charles), Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter, 6 vols., Heideberg, 1815-1831.

——— Histoire du Droit Romain au Moyen Age, traduit de l'Allemand par M. Charles Guenoux, 8 vols., Paris, 1840-1851.

Savigny (Frederick Charles), System des heutigen Römischen Rechts, 9 vols., Berlin, 1840-1850; Traité de Droit Romain, traduit par Guenoux, 8 vols., 1840-1851.

——— Treatise on Private International Law, translated by Guthrie, Edinburgh, 1869. (Tratado sobre el Derecho Privado Internacional, traducido por Guthrie.)

Schultingius (Ant.), Jurisprudentia Vetus ante-Justinianea, ex recensione et cum Notes Schultingii, Lugd, 1717.

Serrigny, Traité du Droit Public des Français, 2 vols. 8vo, 1846.

Sigonius, De Judiciis Romanorum libri tres, in 4to, 1574.

Smith (John William), Compendium of Mercantile Law, 6 ed., by G. M. Dwdeswell, 8vo, Lóndres, 1859. (Compendio del Derecho Mercantil.)

Stair (Lord, Presidente del Tribunal de Sesion), Institutions of the Law of Scotland, 1661. New edition with Notes and illustrations, by John S. More, Professor of Law, 2 vols. 4to, Edinburgh, 1832. (Instituciones de Derecho escocés, nueva edicion, con notas é ilustraciones, por J. S. More, Profesor de Derecho.)

Stephen (Henry John), New Commentaries on the Laws of England, 4 ed., 4 vols. Lóndres, 1858. (Nuevos comentarios sobre el Derecho inglés.)

St. Leonards (Lord), Practical Treatise on new Statutes relating to Property, 2 ed., 8vo, Lóndres, 1862. (Tratado práctico acerca de los nuevos Estatutos referentes á la Propiedad.)

Story (Dr. Joseph), Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in regard to Contracts, Rights and remedies, 5 ed., 8vo, Boston, 1857. (Comentarios sobre las divergencias de las leyes extranjeras y nacionales, con respecto á los contratos, derechos y acciones.)

——— Commentaries on the Law of Bailments, 8vo, Boston, 1846. (Comentarios al Estatuto sobre el contrato de Prendas.)

Taylor (John), Ellements of the Civil Law, 2 ed., 4to, Lóndres, 1755. (Elementos de Derecho Romano.)

Troplong (R. Theodore, Presidente del Tribunal de Casacion), De l'influence du Christianisme sur le Droit Civil des Romains, 2 ed., 8vo, París, 1855.
Vangerow (Ch. Adolphus, Profesor de Derecho en Heidelberg), Lehrbuch der Pandecten. (Tratado sobre las Pandectas.) 6 ed., 3 vols., Marbourg, 1855.
Vattel, Le Droit des Gens, 2 vols. in 4to, 1758; traducido al inglés, 2 vols. 4to, Lóndres, 1759. Otra traduccion por Chitty, Lóndres, 1834.
Vinnius (Arnold, Profesor de Derecho en Leyden), Commentarius in Quatuor Libros Institutionem, editio secunda, 4to, Amstel., Elzevir.
Voet (John, Profesor de Derecho en Leyden), Commentarius ad Pandectas, 2 vols. in folio, Coloniæ Allobrogum, 1757.
Walter (Ferdinand, Profesor en Bonn), Histoire de la Procedure Civile chez les Romains, traduit de l'Allemand par Edouard Laboulaye, 8vo, París, 1841.
Warnkoenig (Leopold Augustus, Profesor de Derecho en Tübingen), Institutiones Juris Privati Romani, editio quarta, 8vo, Bonnæ, 1860.
——— Commentarii Juris Romani Privati, 3 vols. 8vo, Leodi, 1825.
Westlake (John), Private International Law, or the Conflict of Laws, with principal reference to English practice, 8vo, Lóndres, 1858. (Derecho Internacional Privado, ó conflicto entre las legislaciones de distintos países con referencia principalmente á la práctica de los tribunales ingleses.)
Wheaton (Henry), Elements of International Law, 2 vols. 8vo, Lóndres, 1836, 3 ed., 8vo, Philadelphia, 1846. (Elementos del Derecho Internacional.)
Williams (Edward Vaughan), Treatise on the Law of Executors and Administrators, 5 ed., 2 vols. 8vo, Lóndres, 1856. (Tratado sobre la legislacion referente á albaceas y administradores.)
Simmern, Traité des Actions, ou Theorie de la Procedure Civile Privée chez les Romains, traduit de l'Allemand par M. Etienne, 1843.
Zouch (Dr. Richard), Elementa Jurisprudentiæ, Definitionibus Regulis et Sententiis Selectioribus Juris Civilis illustrata, 8vo, Oxfort, 1629.

EXPLICACIONES DE LAS ABREVIATURAS.

I. 2. 3. 4.	Instituciones de Justiniano, lib. 2, tít. 3, párrafo 4.
D. I. 4. 15. 2.	Digesto ó Pandectas, lib. 1, tít. 4, fragmento 15, párrafo 2.
C. 2. 6. 7.	Código de Justiniano, lib. 2, tít. 6, Constitucion 7,
N. 118, cap. 1.	Novellæ Constitutiones, número 118, cap. 1.
Cod. Theod.	Código Theodosiano.
Gai. 1. 200.	Instituta de Gayo, lib. 1, párrafo 200.
Ulp. 3. 3.	Fragmentos de Ulpiano, tít. 3, párrafo 3.
Paul. 5. 6. 3.	Receptæ Sententiæ de Paulo, lib. 5, tít. 6, párrafo 3.
Marezoll, § 30.	Instituciones de Marezoll, párrafo 30.
Mackeldey, § 64.	Instituciones de Mackeldey, párrafo 64.
Warn. Inst., § 85.	Warnkoenig, Institutes de, párrafo 85.
Maynz, § 87.	Elementos de Derecho Romano, Maynz, párrafo 87.
De Fresquet.	Tratado Elemental del Derecho Romano De Fresquet.
Ortolan.	Instituciones de Ortolan.

ESTUDIOS DE DERECHO ROMANO

BOSQUEJO HISTÓRICO DEL DERECHO ROMANO

CAPÍTULO PRIMERO

Historia del Derecho Romano hasta Justiniano.

SUMARIO.=INTRODUCCION.—Superioridad de los Romanos en el Derecho.—Historia jurídica ántes de Justiniano.—Division en tres períodos.=PRIMER PERÍODO: *Desde la fundacion de Roma hasta las Doce Tablas.*—Constitucion política de Roma.—El Derecho en tiempo de los Reyes.—Fundacion de la República.—Ley de las Doce Tablas; A. R. 303.=SEGUNDO PERÍODO: *Desde las Doce Tablas hasta Augusto.*—Crecimiento del poder de los plebeyos.—Fusion de los dos órdenes.—Fuentes de Derecho.—Leyes del pueblo: *Leges.—Plebiscita.*—Decretos del Senado.—Edictos de los magistrados.—Derecho consuetudinario.—Respuestas de los jurisconsultos.—Escritos de los jurisconsultos.—Caida de la República.=TERCER PERÍODO: *Desde Augusto hasta Justiniano, en* 527 *de J. C.*—Transicion á la monarquía absoluta.—Nuevo carácter de las *Responsa Prudentum.*—Escuelas de Derecho despues de Augusto.—Edicto Perpétuo (131 de J. C.)—Constituciones imperiales.—Jurisconsultos célebres despues de Adriano.—Escritos de los jurisconsultos.—Instituta de Gayo.—*Fragmenta Ulpiani.*—*Receptæ Sententiæ*, de Paulo.—Escuela de Derecho de Beryto.—Decadencia del Derecho despues de Alejandro Severo.—Cambios políticos en tiempo de Constantino.—Introduccion de nuevos títulos de nobleza.—Disposiciones sobre los trabajos de ciertos jurisconsultos.—Division del Imperio Romano (395 de J. C.)—Códigos Gregoriano y Hermogeniano.—Código Teodosiano (438 de J. C.)—Caida del Imperio de Occidente en 476.

INTRODUCCION

Superioridad de los Romanos en el Derecho.—En varios órdenes de la actividad intelectual—en filosofía, poesía, oratoria y bellas artes jamás han sido superados los Griegos; pero apénas contribuyeron al aumento de la ciencia de la jurisprudencia. En la filosofía especulativa sobrepujaron mucho á

los Romanos; pero en el cultivo del Derecho, los Romanos llevaron la palma, no sólo comparados con los Griegos, sino con todas las demás naciones de la antigüedad. Las leyes de Licurgo nunca llegaron á escribirse; y aunque los Atenienses poseian un cuerpo considerable de leyes escritas, algunas de las cuales parecen haber sido incluidas en el Código Decemviral, han sido de poco provecho para la posteridad, y apénas puede decirse que Ciceron exageraba, cuando, con orgullo escusable, llamaba á las leyes griegas rudas, insignificantes, cási ridículas, al compararlas con el magnífico sistema de jurisprudencia que los Romanos de su época habian heredado de sus mayores.

La especulacion pura encontraba poco favor entre los Romanos, que eran eminentemente prácticos. Ningun nuevo sistema de filosofía surgió entre ellos, pero les somos deudores de los primeros ensayos felices del cultivo del Derecho como ciencia. Aparte de su gran habilidad en lo relativo á legislacion, su sistema judicial era mucho más favorable que el de los Griegos para el mejoramiento de la jurisprudencia, y para la formacion gradual de un cuerpo de leyes benignas, sábias y equitativas. Durante varios siglos, bajo la República libre y el Imperio, los magistrados que ejercian la jefatura de la jurisdiccion civil eran los pretores, que cambiaban anualmente, y llegó á ser costumbre el que cada pretor, al tomar posesion de su cargo, publicase, en forma de edicto, las reglas que pensaba observar en la administracion de justicia. Estas reglas fueron transmitidas por los pretores á sus sucesores, y se modificaban y mejoraban para ajustarse á las necesidades de la comunidad. Principalmente, mediante estos edictos, los fallos de los jueces y las obras científicas de eminentes jurisconsultos, y con la ayuda, de tiempo en tiempo, de la accion directa de la legislacion, las antiguas Instituciones se suavizaron y mejoraron, y el cuerpo general de Derecho Romano, gradualmente y despues de larga experiencia, constituyó un sistema, que fué llevado á aquel grado de perfeccion que luégo alcanzó.

Historia jurídica ántes de Justiniano.—Sin rebajar en nada los méritos de los juristas clásicos, puede afirmarse, sin vacilar, que el Derecho Romano no llegó á su completo desenvolvimiento hasta alcanzar su consolidacion en tiempo de Justiniano, á mediados del siglo VI. Las Colecciones de aquel Emperador tienen para nosotros un interes más inmediato, no sólo por su valor intrínseco, sino tambien por el gran influjo que han ejercido sobre la jurisprudencia de la Europa moderna. Pero, ántes de ocuparnos de la legislacion de Justiniano y de la suerte que tuvo, creemos necesario echar una rápida ojeada á la historia del Derecho Romano ántes de su reinado.

Division en tres períodos.—Ésta puede considerarse dividida en tres períodos, caracterizados por importantes cambios verificados en la constitucion política de Roma: 1.° Desde la fundacion de la ciudad hasta la promulgacion de las Doce Tablas, que comprende unos 300 años; 2.° Desde las Doce Tablas hasta el establecimiento del Imperio con Augusto, en el año 722 de la fundacion de Roma; y 3.° Desde Augusto hasta el advenimiento de Justiniano, 527 de J. C.

PRIMER PERÍODO.

Desde la fundacion de Roma hasta las Doce Tablas.

Constitucion política de Roma.—Durante el gobierno de los Reyes, la historia de Roma aparece oscurecida en medio de tradiciones dudosas y de ficciones improbables. La crítica moderna ha atacado todas las opiniones generalmente recibidas en lo relativo al estado primitivo de Roma, habiéndose ido en esto tan léjos, que algunos escritores ingeniosos, como Vico, al comienzo del siglo pasado, y Niebuhr en nuestros dias, han tratado de construir una teoría enteramente nueva de la historia Romana, la cual, como observa con razon Ortolan, tiene el singular mérito de haber sido enteramente desconocida de los mismos Romanos.

Al principio los Romanos tuvieron una Constitucion muy liberal en apariencia, aunque encerrando dentro de sí las más fructíferas semillas del despotismo. El gobierno estaba constituido por un Rey electivo; un Senado, compuesto primero de cien indivíduos y despues de trescientos, y una Asamblea general del pueblo. Al Rey pertenecia el mando del ejército, la

administracion de justicia y la suprema inspeccion del culto. El Senado era un consejo administrativo y deliberativo, compuesto de nobles ó personas distinguidas por su gerarquía, riqueza y saber. En la Asamblea general se elegian los magistrados principales, y las medidas preparadas por el Senado se sometian al pueblo, que podia aceptarlas ó rechazarlas. El poder político al principio estaba confiado enteramente á los patricios. Bajo la constitucion de Servio Julio, que dividió el pueblo Romano en seis clases, segun la cuantía de sus fortunas, todos los ciudadanos, fueran patricios ó plebeyos, tenian el derecho de votar por centurias en la *Comitia Centuriata;* pero, efecto de la manera de votar, las clases acaudaladas tenian un predominio abrumador en la Asamblea. Por otro lado, los impuestos eran principalmente pagados por los ricos, y una pequeñísima parte de las cargas del Estado gravaban á las clases inferiores, para compensar de esta manera su carencia de influencia política.

El Derecho en tiempo de los Reyes.—En la infancia del Estado Romano, Pomponio dice que se gobernaba al pueblo sin sistema alguno regular de leyes positivas, por la autoridad absoluta de los Reyes. Las costumbres fundadas en el consentimiento general, son los primeros rudimentos de la jurisprudencia; y cuando se acuede á la legislacion, es generalmente con el fin de confirmar, ampliar ó modificar, más bien que invalidar estos primitivos usos. Durante la Monarquía en Roma, las leyes se preparaban por el Rey con la aprobacion del Senado, y eran confirmadas por el pueblo, al principio en la *Comitia Curiata*, y despues de la reforma de Servio Julio en la *Comitia Centuriata*. Estas leyes fueron recopiladas en un cuerpo por Papirio, jurisconsulto romano, y llamadas por esto *Jus Civile Papirianum*. Granio Flacco escribió un comentario sobre las Leyes Reales en tiempo de Julio César; mas aunque se ha tratado de reunir algunos fragmentos de esta antigua legislacion, no conocemos de ella nada que sea digno de fé (1).

Algunos historiadores atribuyen leyes particulares á Rómulo, Numa, Servio Tulio y otros Reyes; pero se refieren principalmente á cambios en la constitucion política, y poca confianza pueden inspirar tradiciones tan vagas (1). Segun una tradicion popular (que sin embargo tiene un valor muy dudoso), el Estado Romano fué regido por siete Reyes sucesivos, durante un período de 244 años, hasta que tuvo lugar una revolucion con la expulsion de Tarquino el Soberbio, y la autoridad régia fué entónces abolida.

(1) D. 1, 2, 2. Pomponius.

Fundacion de la República.—Para suplir la falta del Rey, fueron escogidos dos de *cónsules* la clase de los patricios; estos magistrados debian desempeñar sus cargos durante un año, y ejercian la mayor parte de las facultades ántes confiadas á la realeza. Ambos tenian igual autoridad, y servia el uno como de freno respecto al otro, y se cambiaban anualmente para evitar que pudieran abusar de su poder.

Los dos cónsules ocupaban el más alto puesto en la República. Todos los demás magistrados y empleados, con excepcion de los tribunos, estaban á ellos subordinados. Presidian el Senado y ejecutaban sus decretos, levantaban tropas y mantenian la disciplina militar, y tenian el deber de reunir el Senado y los Comicios, y el de mandar los ejércitos en tiempo de guerra.

Como Roma estaba constantemente empeñada en guerras, y los cónsules que mandaban los ejércitos se ausentaban con frecuencia de la ciudad, algunas importantes funciones administrativas, que ántes estaban á ellos confiadas, se distribuyeron entre otros magistrados. Así que los pretores fueron nombrados para ejercer la jurisdiccion en asuntos civiles; los censores, para formar el censo cada cinco años é inspeccionar las costumbres y la moralidad del pueblo; los ediles cuidaron de los edificios públicos, de los juegos populares y de los asuntos de policía; y los cuestores funcionaban bajo la direccion del Senado como recaudadores de los impuestos.

En el primer período de la República, la constitucion Romana, que tenia la apariencia externa de una democracia, era en realidad un gobierno aristocrático; pues los plebeyos, aunque se les permitió ostensiblemente tomar parte en las deliberaciones de la Asamblea de las centurias, los patricios podian

(1) Tácit. Ann. III, c. 26.

disponer siempre de una mayoría enorme, tanto en aquella Asamblea como en el Senado, y con la excepcion del tribunado, monopolizaron todos los cargos importantes del Estado. Todo el poder político vino así á caer realmente en manos de la aristocracia, que frecuentemente abusaba de él oprimiendo á las clases menesterosas.

Ley de las Doce Tablas. A. R. 303.—La legislacion más antigua que merece notarse durante la República, fué el célebre Código de Leyes, llamado de las *Doce Tablas*. Segun la tradicion histórica, tres comisionados fueron enviados de Roma á Atenas y á otros Estados Griegos, con el propósito de inquirir y recoger todo lo que encontráran más útil en sus sistemas legales; y se dice que Hermodoro, sábio de Efeso, desterrado á la sazon en Roma, contribuyó prestando gran auxilio á esta obra. A la vuelta de los comisionados (À. C. 452), diez magistrados, llamados decemviros, fueron investidos por un año con un poder absoluto para gobernar y formar un cuerpo de leyes para la República. Al principio se formaron diez tablas, que publicaron los decemviros, y dos tablas más al año siguiente. Estas leyes, despues de aprobadas por el Senado y solemnemente confirmadas en los Comicios Centuriados, se grabaron sobre doce tablas y se colocaron en la parte más conspícua del foro.

Este antiguo Código, que los escritores Romanos (1) celebraron mucho, y que durante largo tiempo se consideraba como la fuente de todo Derecho, no ha llegado hasta nosotros, sólo conocemos de él algunos fragmentos aislados, y ciertas reseñas históricas de la parte que se ha perdido. El mejor ensayo que se ha llevado á cabo para restaurar el texto, es el de Jacobo Godefroy (2), habiendo ilustrado algo más este asunto en nuestros dias los trabajos críticos de Haubold y Dirksen (3).

Hé aquí algunas cláusulas del Código decemviral que es oportuno mencionar aquí:

1.ª Los deudores insolventes eran tratados con gran severidad. Estaban expuestos á ser aprisionados y encarcelados por sus acreedores, y despues de estar cargados de cadenas durante sesenta dias, podian ser vendidos como esclavos en el extranjero.

2.ª La antigua ley ó costumbre que prohibia los casamientos entre patricios y plebeyos, se confirmó.

3.ª En casos de ofensa personal, el bárbaro principio de la ley del talion se sancionó,—ojo por ojo, miembro por miembro—á ménos que la parte injuriada se contentase aceptando cualquiera otra satisfaccion.

4.ª El que publicaba algun escrito injurioso ó calumnioso contra sus conciudadanos, era privado de sus derechos civiles.

5.ª Podia apelarse al pueblo de toda sentencia dictada por cualquiera magistrado, y ningun ciudadano podria ser juzgado por delitos castigados con la pena de muerte sino en los Comicios Centuriados.

(1) Ciceron: *De Orator*, I, 34.—Tito Livio, III, 34. «Fons omnis publici privatique juris.»—Tac. Ann. III, 27.
(2) Quatuor fontes Juris civilis. Ginebra, 1653. *Thesaurus de Otto*, t. III, p. 1.
(3) Haubold: *Institutiones Juris Romani literariæ*, t. I, págs. 300-306.—Dirksen: *Sketch of the efforts made for restoring the text of Twelve Tables*.—Véanse tambien las *Institutes* de Ortolan, t. I, p. 98.

SEGUNDO PERÍODO.

Desde las Doce Tablas hasta Augusto.

Crecimiento del poder de los plebeyos.—Con la publicacion del Código decemviral, los plebeyos dieron un gran paso hácia la terminacion de sus diferencias con los patricios; pero no fué sino al cabo de unos ochenta años cuando estas diferencias pudieron arreglarse, mediante la admision de los plebeyos á los cargos más elevados del Estado. Despues de una larga série de ágrias contiendas, el partido popular gradualmente fué ganando terreno, hasta que alcanzó una completa independencia política. Los cónsules y los magistrados de mayor categoría, en lugar de ser elegidos exclusivamente entre la clase patricia, lo fueron en adelante entre todo el cuerpo de ciudadanos, dejando así el campo abierto á los hombres de mérito de donde quiera que procedieran.

Fusion de los dos órdenes.—A la reconciliacion de los dos órdenes, mediante una igual distribucion de los derechos políticos, siguieron dos siglos de prosperidad en la paz y en la guerra. Por mucho tiempo fué Roma un Estado insignificante,

empeñado en pequeñas guerras con sus vecinos. La Italia Meridional habia sido poblada por colonias griegas; la parte del Norte, que ahora comprende la Lombardía y los territorios de Venecia y Génova hasta los Alpes, habia sido ocupada por una colonia de Galos, y por este motivo fué denominada por los Romanos la Galia Cisalpina. Hácia fines del siglo V, á contar desde la fundacion de la ciudad y 250 años despues del establecimiento de la República, Roma habia conquistado toda la Italia, desde los Alpes hasta su extremidad meridional, y una vez que llegó á ser un Estado poderoso, empezó á echar los cimientos de aquella dominacion universal, que más tarde a hizo dueña del mundo civilizado.

Fuentes de Derecho.—En el período en que la constitucion de la República Romana habia alcanzado todo su desarrollo, la legislacion emanaba de tres autoridades distintas: los Comicios Centuriados, los Comicios Tributos y el Senado; de manera que las leyes podrian promulgarse en tres distintas formas: *leges populi*, *plebiscita* y *senatus-consulta*.

Leyes del pueblo. Leges.—Las *leges*, ó leyes propiamente dichas, se proponian por los cónsules ó por otros magistrados senatoriales, y se aprobaban por todo el cuerpo de ciudadanos Romanos, patricios y plebeyos, en la Asamblea de las Centurias.

Plebiscita.—Los plebiscitos, *plebiscita*, eran leyes propuestas por los tribunos, y aprobadas por las tribus, que originariamente se componian sólo de plebeyos. Al principio, estos acuerdos sólo eran obligatorios para esta clase; pero desde la *Lex Hortensia*, promulgada en el año de Roma 465, ambos órdenes reconocieron la autoridad de ambas Asambleas para dictar leyes generales obligatorias para todos los miembros del Estado. Tanto las *leyes* como los *plebiscitos* se distinguian generalmente con el nombre del magistrado que las habia propuesto, como por ejemplo: *Lex Aquilia*, *Lex Cincia*, etc.

Despues de la ley Hortensia, la constitucion Romana presentó la singular anomalía de tener dos distintas Asambleas legislativas, cada una de las cuales tenia una ámplia y absoluta autoridad para hacer por sí misma leyes para la República. En la Asamblea de las Centurias, el pueblo votaba, haciéndolo cada cual segun su fortuna, que constaba en el Censo; de suerte que, cuando la primera clase estaba unánime, como aconteció generalmente en todas las divisiones de partido, aunque sólo contenia una pequeña parte de ciudadanos, ella lo determinaba todo, estableciendo leyes con la sancion del Senado. En la Asamblea de las Tribus, todos los votos eran iguales, y la democracia, dirigida por los tribunos, tenia un poder ilimitado para dichas leyes, obligatorias á toda la comunidad, sin que pudieran poner obstáculo alguno los cónsules ni el Senado. Esta anomalía política de existir dos cuerpos legislativos distintos dentro de la República Romana, por censurable que fuese en teoría, prácticamente no producia aquella discusion y confusion que razonablemente era de esperar, principalmente á causa de la sensatez del Senado y de la aristocracia, que evitaban con cuidado toda lucha con la Asamblea popular, desde el momento en que habia adquirido autoridad para dictar leyes á todo el Estado.

Decretos del Senado.—Los historiadores modernos no están enteramente de acuerdo con respecto á la fuerza obligatoria de los acuerdos del Senado durante la República. El poder del Senado ha sido al parecer diferente en las distintas épocas. Al principio su accion legislativa se limitaba al derecho, existente desde los tiempos más remotos, de conceder ó negar su aprobacion á las leyes votadas por el pueblo. Durante la República, el poder supremo pertenecia al pueblo; pero rara vez se dictaron leyes sin la autoridad del Senado. En asuntos graves, era comun que el Senado deliberase y decretase, y que el pueblo otorgase su sancion. Sin embargo, habia muchas cosas que el Senado determinaba por su propia autoridad, áun en tiempo de la República libre, si no por ley expresa, á lo ménos por la costumbre de sus mayores. Cuando la causa popular ganaba terreno, los tribunos asumieron el derecho de poner su veto á los decretos del Senado, que quedaban en tal caso sin efecto; y, por otro lado, el pueblo formaba leyes en la Asamblea de las Tribus, que no necesitaban la intervencion ó aprobacion del Senado. Bajo el Imperio, cuando los Comicios habian desaparecido, el Senado tuvo por cierto tiempo indudable autoridad para dar decretos que tenian fuerza de ley, pero sujetos al veto del Emperador, á consecuencia de su poder tribunicio.

Edictos de los magistrados.—Sobre los edictos de los magistrados en Roma y en las provincias se construyó un sistema de equidad, que suplia los vacíos del derecho comun y ejercia el más benéfico influjo sobre el desarrollo de la jurisprudencia Romana. Este ramo del derecho se llamaba *jus honorarium* en oposicion al *jus civile*. Cuando el pretor tomaba posesion de su cargo, publicaba (1), como ya hemos dicho, un edicto estableciendo ciertas reglas, conforme á las cuales se proponia administrar justicia durante el año, y una cosa semejante hacian los ediles curules en Roma, y los procónsules y los propretores en las provincias. Cada pretor podia formar un nuevo edicto, si queria, pero no era raro que adoptase el de su predecesor, en todo ó en parte, haciendo las adiciones y cambios que las circunstancias exigiesen. El fin principal del edicto era promulgar los cambios que la costumbre y la práctica de los tribunales habian introducido; y cuando ningun recurso podia obtenerse dentro del estricto Derecho civil, el pretor explicaba la manera en que podia uno pedir amparo para su derecho, y las acciones que podrian utilizarse en casos dados. Rigurosamente hablando, el pretor no estaba autorizado para ejercer el poder legislativo; no podia abrogar ni variar las leyes, pero en ciertos casos le era permitido moderarlas mediante la equidad, suplir lo que pudiera faltar para que tuvieran completo efecto, y, en asuntos que caian dentro de su jurisdiccion, aplicarlas segun sus propias ideas de lo justo (2). Aunque el *jus prætorium* se supone que tiene cierta semejanza con la equidad de Inglaterra en cuanto se opone al derecho comun (*common law*), no debe olvidarse que la equidad de Roma, aunque esencialmente distinta del derecho civil, siempre se administraba por los mismos tribunales que éste. El pretor era al mismo tiempo el juez principal en las cuestiones de equidad, y el primer magistrado en las de derecho comun (3).

(1) El *prætor urbanus* fué el primeramente nombrado, en el año de Roma 387, y el *prætor peregrinus* en el año de Roma 508.—El número de pretores se aumentó despues.

(2) «Jus prætorium est quod prætores introduxerunt adjuvandi vel supplendi, vel corrigendi juris civilis, gratia propter utilitatem publicam.»—Papiniano: D I., 1, 7.

(3) *Ancient law*, de Maine, p. 67.

Tocante á las leyes que se establecieron por la autoridad pública, despues de la era de las Doce Tablas, en las várias formas de *leges*, *plebiscita*, *senatus-consulta* y edictos de los magistrados, el conocimiento que de ellos tenemos es debido principalmente á los escritos de los jurisconsultos incluidos en el Digesto; pero algunas leyes especiales han sido, sin embargo, recogidas, gracias al paciente trabajo de los eruditos y arqueólogos, en las inscripciones en mármoles y tablas encontradas en varios puntos de Italia (1).

Derecho consuetudinario.—Una gran parte del Derecho Romano se fundaba, no en la legislacion directa, sino en las *mores majorum*, es decir, costumbres desde tiempos antiguos observadas y sancionadas por el consentimiento del pueblo.

Respuestas de los jurisconsultos.—Los antiguos juristas Romanos daban consejo á los particulares, eran consultados por los jueces en casos difíciles, y obraban como asesores de los magistrados para dirigirlos en sus determinaciones judiciales. En su orígen las *Responsa Prudentum* no eran más que las opiniones particulares de ciertos abogados; pero despues que fueron adoptadas por los hombres de profesion, y reconocidas por los tribunales, se llamaron *Sententiæ receptæ* y adquirieron autoridad de ley.

Escritos de los jurisconsultos.—Dos obras, al parecer colecciones de fórmulas, el *Jus Flavianum* y el *Jus Ælianum*, aparecieron, la una á mediados del siglo V de la fundacion de Roma, y la otra en el siguiente (2). Mas, propiamente hablando, la elaboracion científica del Derecho no empezó hasta cerca del siglo de Ciceron. L. Mucio Scevola, Cónsul, A. R. 65, fué el primero que publicó un sistema completo de Derecho civil (3). Servio Sulpicio, cónsul en 703, de quien se dice que era no ménos eminente como orador que como jurisconsulto, escribió un Comentario sobre los edictos de los pretores. Su discípulo Ofilio publicó un trabajo sobre el mismo asunto.

(1) De Fresquet: *Droit Romain*, t. I, p. 22.—Spangenberg: *Antiqnitatis romanæ monunenta legalia extra tibros juris sparsa.*—Berlin, 1830.

(2) D, 1, 2, 2; párs. 7 y 38.

(3) Ciceron estudió el Derecho Civil con Mucio. Es el más antiguo abogado de cuyas obras ha sacado Justiniano extractos para su Digesto, en el cual se encuentran cuatro fragmentos de Mucio. De las obras de Alfeno Varo y Ælio Galo, que eran ambos contemporáneos de Ciceron, hay tambien algunos extractos en el Digesto.—Maynz: Droit Romain, t. I, p. 103.

Alfeno Varo, otro de sus discípulos, adquirió celebridad por un libro escrito sobre un plan más extenso, llamado *Digesta* (1).

Caida de la República.—La República libre, que sucedió á los Reyes, duró, segun el cálculo que suele hacerse, 478 años, durante los cuales la constitucion política experimentó frecuentes cambios. Montesquieu ha expuesto con espíritu analítico las causas que produjeron la ruina de la República. Cuando las legiones Romanas atravesaban los Alpes, ó pasaban á países ultramarinos, permaneciendo durante años en los Estados conquistados, las tropas perdian por grados el espíritu propio de ciudadanos, y los generales, que disponian de ejércitos y reinos, llegaban á ser tan poderosos, que se sometian con repugnancia á la autoridad central de Roma. La caida de Cartago y las brillantes conquistas de Grecia, Egipto y los Reinos asiáticos, efectuaron una revolucion en los hábitos y en el gobierno de los Romanos. Las artes y costumbres y los enormes caudales de las naciones vencidas, familiarizaron á los Romanos con el lujo, que abrió el camino á muchos vicios. Al paso que el amor á la pátria y el ardor por la libertad decaian, la corrupcion obtenia un pernicioso influjo; hombres poderosos y ambiciosos fomentaban disturbios interiores, y á los motines populares siguió una série inagotable de guerras civiles, que termínaron con la muerte de la libertad política (2).

TERCER PERÍODO.

Desde Augusto hasta Justiniano en 527 de J. C.

Transicion á la Monarquía absoluta.—En el año 722 de la fundacion de Roma, Octavio, sobrino de Julio César, fundó el Imperio. Todos los poderes del Estado se concentraron en su persona. Era cónsul, tribuno, pretor, censor, pontífice y Emperador, y con el título de Augusto sus órdenes eran obedecidas en todos los extensos dominios de Roma, que entónces comprendian los más hermosos países de la Europa y del Asia, con el Egipto y toda la parte Norte del Africa.

(1) D. 1, 2, 41 y sig.
(2) Véase Montesquieu: Grandeur et decadence des Romains, c. 9.

Augusto reunió en su córte los ingénios, los poetas y sábios que han hecho ilustre su reinado. Usaba de sus facultades con gran moderacion, prefiriendo gobernar el Estado Romano segun las antiguas formas de la República.

Pero la formacion de las leyes en las Asambleas populares, si no cesó por completo, cayó gradualmente en desuso, y los decretos del Senado fueron la forma general de promulgarse las leyes. Despues de una experiencia de dos siglos bajo el Imperio, Ulpiano tenia razon al declarar que los decretos del Senado tenian fuerza de ley (1), á pesar de que bajo Tiberio y sus sucesores habian degenerado prácticamente en ordenanzas imperiales, revestidas de una forma más popular. La facultad de elegir magistrados fué trasferida por Tiberio de los Comicios al Senado. En tiempo de Septimo Severo y de Caracalla, la accion legislativa del Senado desapareció por completo. Por medio de usurpaciones graduales, el poder del Emperador llegó á ser absoluto, y las formas de la antigua libertad desaparecieron. Bajo Adriano, la organizacion del Imperio era francamente despótica, y á principios del tercer siglo sus sucesores emitian con frecuencia rescriptos, en los que afirmaban que no estaban sometidos á las leyes (2).

Nuevo carácter de las Responsa Prudentum.—Durante la República, las opiniones de los grandes jurisconsultos no tenian más autoridad que la que les daban su propio mérito intrínseco y su sensatez. En tiempo de Augusto, algunos de los más distinguidos juristas fueron autorizados para dar parecer sobre los casos que se les sometian, de manera que vinieron á ser así expositores públicos del derecho. En tiempo de Gayo, las *Responsa Prudentum* eran una fuente reconocida de Derecho, peculiar de los Romanos; pero es evidente, segun él dice, que las facultades de aquellos juristas privilegiados se limitaban á una declaracion de lo que era legal en un caso dado, y no se extendian á crear nuevas reglas de Derecho, lo cual era la propia atribucion de la suprema autoridad del Estado. Este

(1) D. 1, 3. 9. Non ambigitur senatum jus facere posse.—Ulpiano.
(2) I. 2, 17, 8.

ramo de la jurisprudencia fué favorecido por el Emperador Adriano, el cual ordenó que si los juristas estaban todos de acuerdo sobre una cuestion, su opinion debia considerarse por los jueces como ley; y en caso de desavenencia, el juez era libre de seguir el parecer que quisiera (1).

Escuelas de Derecho despues de Augusto.—Dos sectas rivales, ó escuelas de Derecho, aparecieron en tiempo de Augusto: una fundada por Anntistio Labeon, y la otra por Ateio Capiton. Labeon, discípulo de Trebacio, y ardiente republicano, era el jefe de los Proculeyanos ó Pegasianos, que así se llamaban de los nombres de dos de sus partidarios. Capiton, discípulo de Ofilio, y uno de los parciales del partido de la córte, era el jefe de la secta rival, llamada de dos de sus de sus partidarios, Sabinianos ó Casianos. Estas dos sectas diferian en opinion sobre varias cuestiones de Derecho; pero poco se sabe tocante al carácter de sus desavenencias, fuera de lo que nos dice Pomponio, el cual asegura que Capiton se adheria firmemente á los antiguos precedentes, miéntras que Labeon, con más saber y talento, se sentia inclinado á introducir novedades. Despues de los Antoninos desapareció esta division entre los jurisconsultos, aunque de vez en cuando solemos encontrar partidarios de estas antiguas escuelas.

Edicto Perpétuo (131 *de J. C.*)—Bajo el Imperio, los edictos de los magistrados, particularmente de los pretores, continuaron por algun tiempo ejerciendo gran influencia en el desenvolvimiento de la jurisprudencia. En el reinado de Adriano, Salvio Juliano dió una nueva forma al Derecho pretorio en el Edicto Perpétuo, que fué aprobado por el Senado en el año 131. Este Edicto fué, durante mucho tiempo, considerado como una obra modelo, y fué comentado por Ulpiano, Paulo y otros eminentes juristas. Algunos escritores modernos han tratado de reunir los fragmentos diseminados del Edicto, ordenándolo tal como estaba primitivamente (2).

Constituciones imperiales.—Como las Constituciones im-

(1) «Responsa prudentum sunt sententiæ et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere, quorum omnium si in unum sententiæ concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi, idque rescripto divi Hadriani significatur.»—Gai. lib. I, 7.

(2) Véase *Fragmenta Edicti Perpetui* en las *Pandectæ Justinianæ* de Pothier, t. I, p. 176.

periales fueron las últimas, vinieron á ser la única fuente de Derecho escrito, público y privado. Las más antiguas Constituciones que se encuentran en el Código de Justiniano, no alcanzan más que al reinado de Adriano. Pero hay varias ordenanzas imperiales de fecha anterior, de que se hace mencion en la Instituta y en el Digesto (1).

El término Constitucion se usa, en sentido general, para indicar todos los actos del Príncipe; pero en la Instituta se divide en tres ramos principales: edictos, rescriptos y decretos (2). Los edictos eran leyes generales. Los rescriptos eran las respuestas del Emperador á aquellos que le consultaban, ya con el carácter de funcionarios públicos, ya como personas particulares. Los decretos eran los fallos dictados por el Emperador en los procesos seguidos ante él como magistrado supremo, ya en primera instancia, ya en apelacion. Estando los rescriptos y decretos por su propia naturaleza limitados á casos particulares, no tenian fuerza de leyes generales; pero algunas veces eran recopilados por los jurisconsultos, fundándose en ellos como precedentes para la determinacion de las cuestiones análogas. Algunas Constituciones de los peores Emperadores, como Neron, Domiciano, Cómodo y Caracalla, son notables por su prudencia y sabiduría, lo cual no puede atribuirse sino á la costumbre laudable de formar las leyes consultando á los más célebres jurisconsultos del Consejo, llamado *Auditorium Principis*. Cualquiera que sea su carácter original, todas las Constituciones insertas en el Código Teodosiano y en el Código de Justiniano vinieron á ser leyes generales en todo el Imperio (3).

Jurisconsultos célebres despues de Adriano.—Entre los jurisconsultos que florecieron entre el reinado de Adriano y la muerte de Alejandro Severo, encontramos los nombres distinguidos de Pomponio, Cervidio Scœvola, Gayo, Papiniano, Ulpiano, Paulo, terminando la série brillante de juristas clási-

(1) Ortolan: *Hist. de la Legislation Romaine*, t. I, p. 264.

(2) I. 1, 2, 6.

(3) Ha sido objeto de larga controversia el sentido de la *lex regia*, mencionada en la Instituta como la que conferia el poder legislativo á los Emperadores romanos. Hoy se cree generalmente que en aquélla se alude tan sólo á las prerogativas imperiales, que conferia la ley á cada Emperador cuando tenía lugar su eleccion. Ortolan: *Institutes*, t. I, p. 265.—De Fresquet: *Droit Romain*, t. I, p. 80.

cos con Modestino. Estos hombres han sido y serán las grandes lumbreras de la jurisprudencia en todo tiempo.

Escritos de los jurisconsultos.—Durante este siglo de oro de la jurisprudencia Romana, se escribieron muchas obras de Derecho, Comentarios sobre las Doce Tablas, sobre el Edicto Perpétuo, sobre las Leyes del pueblo, y sobre los Decretos del Senado; obras laboriosas y esmeradas sobre el cuerpo general del Derecho, llamadas Digestos, ó sea *Libri Juris Civilis;* obras elementales, con títulos como el de *Institutiones*, *Regulæ*, *Sententiæ*, y otras análogas; notas ó comentarios sobre los escritos de los juristas más antiguos, y numerosos tratados sobre asuntos especiales en todos los ramos del Derecho. Puede formarse alguna idea de la extension y variedad de estas obras, por los títulos de las mismas que encontramos en las Pandectas. El tiempo nos ha arrebatado estos elementos de tanto valor para la ciencia jurídica, á excepcion de algunas obras aisladas y fragmentos que han sido conservados por los compiladores del Digesto.

Instituta de Gayo.—Algunos tratados jurídicos, que han llegado hasta nosotros conservando cási su forma original, han adquirido gran celebridad, y se consideran como clásicos por los que se dedican al estudio del Derecho Romano. Uno de los más preciosos es la Instituta de Gayo, que floreció bajo Marco Aurelio, hácia el año 169. Durante mucho tiempo, esta obra sólo nos era conocida por un epítome imperfecto, que se encuentra en el *Breviarum* de Alarico. Mas en 1816, Niebuhr encontró en la biblioteca de Verona un *Palimpsesto*, que contenia las Epístolas de San Jerónimo, y debajo de la escritura descubrió el manuscrito de Gayo. Su descubrimiento fué comprobado por Savigny, y el cuidado de descifrar el *Palimpsesto* se encomendó al profesor Goeschen, de Berlin, el cual fué ayudado por Becker y Holweg. Esta Instituta de Gayo, que se publicó con el título de *Gaii Institutionum Commentarii IV*, son de inestimable valor para lo que puede llamarse el estudio clásico del Derecho civil. Han arrojado nueva luz en algunos ramos importantes del Derecho, ántes envueltos en gran oscuridad, y particularmente en lo relativo á las formas de procedimiento judicial; y además son de una inmensa utilidad para explicar é ilustrar las Instituciones de Justiniano, que se

basan principalmente sobre esta obra de Gayo, que durante tanto tiempo ha estado perdida.

Fragmenta Ulpiani.—Al lado de Gayo podemos colocar los «Fragmentos de Ulpiano,» que se conservaron en un solo manuscrito, que formaba parte de la biblioteca del Vaticano, con el epígrafe de *Tituli ex Corpore Ulpiani*, y ahora llamados generalmente *Ulpiani Fragmenta*. Este pequeño tratado, que al parecer se tomó del *Liber Singularis Regularum*, está escrito con admirable claridad, y contiene muchas noticias de valor sobre varios asuntos. Despues de Papiniano, Ulpiano tiene el primer puesto como jurisconsulto Romano, y sus obras han contribuido más á la formacion del Digesto que las de ningun otro autor.

Receptæ Sententiæ de Paulo.—Otra obra que merece notarse es la titulada *Receptæ Sententiæ*, de Julio Paulo, contemporáneo de Ulpiano. En el *Breviarum* de Alarico, encontramos un extracto de este valioso trabajo: *Pauli Sententiarum Libri Quinque;* pero se duda acerca de la pureza del texto que este Código nos ha trasmitido (1). Algunas otras obras de menor importancia se encontrarán en la edicion del *Corpus Juris Romani antejustinianei*, últimamente publicado en Bonn.

Escuela de Derecho de Beryto.—Hácia fines del siglo III, hallamos una escuela especial de Derecho, establecida en Beryto, en Fenicia, que adquirió gran celebridad, y que durante mucho tiempo rivalizó dignamente con las otras dos que más tarde se crearon en Roma y Constantinopla.

Decadencia del Derecho despues de Alejandro Severo.—Despues de la muerte de Alejandro Severo, 235 de J. C., el Imperio Romano, ántes tan poderoso, pero ya debilitado, mostraba síntomas de rápida decadencia. Ulpiano habia perdido la vida al intentar, aunque en vano, contener la licencia desenfrenada de la guardia pretoriana, que habia usurpado la facultad de elegir y destronar á los Emperadores á su antojo. El Gobierno se trasformó en un despotismo militar, reinando en

---

(1) Debemos mencionar aquí una obra útil del Dr. Gneist, titulada: *Institutionum et Regularum Juris Romani Syntagma, exhibens Gai et Justiniani Institutionun synopsin. Ulpiani librum singularum regularum, Pauli sententiarum delectum*. Leipsic, 1858.

todas partes la confusion y la anarquía; la propiedad no estaba segura, y la vida tenia escasa estimacion. En medio de los disturbios de los tiempos subsiguientes, la jurisprudencia, como todos los demás ramos del saber, decayeron, y la organizacion del Gobierno Romano, abandonado así al accidente del carácter de un hombre, dejó de ser suficiente áun para satisfacer las primeras exigencias de toda vida civilizada.

Cambios políticos en tiempo de Constantino.—Cuando el Cristianismo apareció en el mundo Romano, el Derecho no pudo ménos de sentir las consecuencias de la lucha que se trabó entre el elemento pagano y el cristiano. A los 300 años despues de la muerte de Cristo, llegamos al reinado de Constantino, que se señaló por la declaracion del Cristianismo como Religion del Estado, la traslacion del asiento del Gobierno de Roma á Constantinopla, y por una nueva organizacion del Imperio, mediante la separacion de la administracion civil del poder militar, que ántes estaban confundidos.

En este período se nota un gran cambio en el Derecho Romano. Si el Emperador era cristiano, el Imperio era todavía medio pagano. El paganismo, olvidado en el culto público, prevalecia aún en la sociedad y vivia en las costumbres del pueblo. El desenvolvimiemto del cristianismo en la vida romana, produjo un gran mejoramiento en el Derecho, y lo puso en armonía con la civilizacion moderna; aunque es de lamentar que el espíritu intolerante de algunos 'de los Emperadores cristianos diera nacimiento á muchas disposiciones, tan absurdas como crueles, contra herejes, contra apóstatas y contra todos aquellos que no pertenecian á la Iglesia ortodoxa.

Despues de Constantino habia dos Senados: uno en Roma y otro en Constantinopla, ninguno de los cuales tenia un verdadero poder. Eran cuerpos municipales más bien que políticos. El despotismo se estableció sin disimulo, y los antiguos magistrados cedieron sus puestos á los funcionarios imperiales.

Introduccion de nuevos títulos de nobleza.—La sencillez de los primitivos títulos romanos no se acomodaba á la grandeza y fausto de la córte bizantina. Ya Diocleciano habia usado la

diadema, y vestido el manto de oro y púrpura; y Constantino, siguiendo la misma política, estableció una nobleza titulada, que habia de ocupar un puesto entre el trono y el pueblo. Algunos de los más íntimos consejeros del Soberano se llamaban patricios, y los títulos de conde y duque, que en tiempos ulteriores han llegado á generalizarse tanto, aparecieron entonces por primera vez en el mundo Romano. La diversidad de estas distinciones honoríficas era muy grande. Los príncipes de la familia imperial eran *nobilissimi*. Los funcionarios de más gerarquía y los magistrados se dividian en cinco categorías, segun una graduacion ordenada de puestos y empleos: 1.° los *Ilustres;* 2.° los *Spectabiles;* 3.° los *Clarissimi;* 4.° los *Perfectissimi* y 5.° los *Egregii*. Pueden encontrarse sobre este particular algunos datos curiosos en una especie de almanaque ó Guia de forasteros del siglo V, titulado *Notitiæ Dignitatum Orientis et Occidentis*, que contiene una descripcion de todos los territorios del Imperio Romano, y todos los funcionarios públicos empleados en los diversos departamentos de la administracion (1).

Disposiciones sobre las obras de ciertos jurisconsultos.—Si los jurisconsultos que florecieron desde Trajano á Alejandro Severo no tuvieron sucesores, los acabados trabajos que ellos dejaron eran de un valor inapreciable para guiar en sus fallos á los jueces, hácia fines del período que estamos estudiando. Constantino dispuso que las obras de Papiniano y las sentencias de Paulo tuvieran autoridad en los tribunales civiles; pero declaró que los Comentarios que Paulo y Ulpiano habian escrito sobre Papiniano, no tenian valor. Segun una notable Constitucion de Teodosio II y Valentiniano III, en el año 426, se dió á las obras de cinco jurisconsultos, Tayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino, una autoridad indiscutible en los tribunales de justicia; en caso de desavenencia decidia la mayoría; pero si habia empate entre sus dictámenes, el voto decisivo pertenecia á Papiniano, el cual era considerado como el primer jurisconsulto de la antigüedad, de quien Cujas ha dicho: «nunca ha habido ni habrá otro jurisconsulto tan grande.» Los Comentarios de Paulo y Ulpiano sobre Papiniano, se

(1) Véase la edicion publicada por Böeking en Bonn en 1839.

fueron declarando de nuevo como de ningun valor, pues habia grandes motivos para creer que tales comentaristas pretendian diferir de su opinion, con el fin de menoscabar su memoria y congraciarse con Caracalla, que habia quitado la vida á aquel. Por distinguidos que en su tiempo fueran estos notables jurisconsultos, comenzaron pronto á decaer; y más tarde Justiniano abolió la *Ley de citas*, devolviendo á los jueces una ámplia libertad para fallar los pleitos segun su propio criterio, sin que obstáran á ello las opiniones de ningun jurisconsulto por eminente que fuera.

Division del Imperio Romano, 395 *de J. C.*—A la muerte del primer Teodosio, 395 de J. C., el Imperio Romano se dividió entre sus dos hijos, habiéndose dado las provincias de Oriente á Arcadio, y las de Occidente á Honorio, cuyas dos partes nunca se volvieron á unir, salvo durante un corto período en tiempo de Justiniano. A pesar de esta division, se consideraba que las dos partes formaban un solo Imperio; las leyes se promulgaron en nombre de ambos Emperadores, y en muchos casos, sólo atendiendo al pueblo donde están fechadas, podemos descubrir el Emperador de quien emanan (1).

Códigos Gregoriano y Hermogeniano.—Como las Constituciones de los Emperadores llegaron á ser numerosas, se reunieron en dos obras, llamadas *Códigos Gregoriano y Hermogeniano*. Estos Códigos se recopilaron por particulares, probablemente durante el período de Constantino; pero hay gran oscuridad en lo relativo á su fecha y contenido, pues han llegado á nosotros tan sólo escasos fragmentos de ellos, que se encuentran en el *Corpus juris antejustinianeum*, de Haenel.

Código Teodosiano, 438 *de J. C.*—Una recopilacion más importante se hizo por mandato de Teodosio II, quien dispuso que ciertos jurisconsultos, bajo la direccion de Antioco, reuniesen y ordenasen las Constituciones publicadas desde Constantino hasta su propio reinado. Esta nueva coleccion, llamada *Código Teodosiano*, se promulgó como ley en el Imperio de Oriente en 438, y en el mismo año se adoptó en el Imperio de Occidente por Valentiniano III. Contiene los principales edictos y rescriptos publicados desde 312 á 438; esto es, en un período de 126 años, durante los cuales se habian sentado en el trono diez y seis Emperadores. La obra está dividida en diez y seis libros, y las leyes que comprende cada título están colocadas en órden cronológico. Por desgracia, los primeros cinco libros y el principio del sexto han llegado á nuestras manos mutilados, extractados en el *Breviarum* de Alarico; pero han encontrado recientemente algunas partes de los libros perdidos, Clossius, en Milan, y el abate Peyron, en Turin (1).

(1) Maynz: *Droit Romain*, t. I, p. 149.

El Código Teodosiano tuvo más aceptacion en Occidente que en Oriente, en donde la legislacion de Justiniano pronto ocupó su puesto. En el Occidente fué tenido en gran estima por las várias razas que invadieron el Imperio Romano.

En el siglo XVII el Código Teodosiano alcanzó mayor valor con el notable comentario de Jacobo Godefroy, jurista de gran saber y laboriosidad, que dedicó treinta años á esta obra inmensa, que se publicó despues de su muerte, en 1665 (2).

Gibbon, el historiador, dice: «Entre los libros que he adquirido, merece especial mencion el Código Teodosiano con el comentario de Jacobo Godefroy. Lo utilicé, y mucho, como un trabajo histórico más bien que de jurisprudencia; pero en todos sentidos debe considerarse como un ámplio é inmenso depósito de datos para conocer el estado político del Imperio en los siglos IV y V» (3).

Desde el Código Teodosiano hasta Justiniano, encontramos únicamente algunas Novelas ó nuevas Constituciones de Teodosio, Valentiniano, Marciano, Mayoriano y Anthemio, las cuales generalmente se colocan como una especie de suplemento al fin del Código Teodosiano.

Caida del Imperio de Occidente en 476.—Despues de haber sido invadido repetidas veces por los bárbaros el Imperio de Occidente, al fin lo destruyó Odoacro, Rey de los Hérulos, en el año 476. Este acontecimiento señala la caida del Imperio Romano de Occidente. Odoacro, á su vez, fué des-

(1) *Codicis Theodosiani Fragmenta inedita, ab Amadeo Peyron*. Turín, 1824.
(2) Jacobo Godefroy, profesor de Derecho en Ginebra, falleció el 24 de Junio de 1652.
(3) *Gibbon's Memoirs*, p. 213,

tronado por Teodorico, fundador del reino de los Ostrogodos en Italia.

Segun el cálculo comun, los reinados de los antiguos Reyes comprendieron 244 años; la República duró 478; y el Imperio de Occidente 507, formando un total de 1229 años desde la fundacion de Roma (1).

(1) El Imperio Greco-Romano de Oriente subsistió cási mil años más, hasta que Constantinopla fué tomada por los Turcos en 1453.

CAPÍTULO II.

Consolidacion del Derecho Romano en tiempo de Justiniano.

SUMARIO.—Reforma de la Jurisprudencia por Justiniano.—Código de Constituciones imperiales.—Plan del Código revisado.—Las Pandectas; extractos de treinta y nueve jurisconsultos.—Division de las Pandectas en libros y títulos.—Las Instituciones.—Novelas.—*Corpus juris civilis*.—Antinomias ó contradicciones.—Modos de citar el Derecho Romano.—Opiniones acerca de las obras de Justiniano.

Reforma de la Jurisprudencia por Justiniano.—El reinado de Justiniano, que alcanza desde el año 527 al 565, aunque de poca importancia en otros respectos, es notable por su gran reforma de la Jurisprudencia. «En el trascurso de diez siglos,» dice Gibbon, la infinita variedad de leyes y de trabajos jurídicos habian llenado muchos miles de tomos, no habiendo fortuna que pudiera adquirirlos, ni capacidad que pudiera digerirlos. Los libros se encontraban difícilmente, y los jueces, pobres en medio de tanta riqueza, se vieron condenados á caminar sin otra guia que la de su poco ilustrado criterio (1).

Justiniano se propuso remediar este estado de cosas, y concibió la idea feliz de refundir la antigua legislacion, y hacerla servir de base á la suya propia, reuniendo en un solo cuerpo todas las reglas de Derecho, cualquiera que fuera su orígen.

Código de Constituciones imperiales.—En el año 528, Justiniano nombró diez jurisconsultos, entre los cuales se encon-

(1) *Historia de Gibbon*, cap. 44.

traba Triboniano, para recopilar y ordenar las Constituciones imperiales todavía vigentes, concediéndoles extensas facultades para que, segun su discrecion, suprimieran lo que habia caido en desuso ó no fuera aceptable, haciendo las reformas que estimaran necesarias para adaptar estas leyes á las necesidades de aquella sociedad. La primera edicion del Código se formó en catorce meses, y se publicó en Abril del año 529.

Este Código, sin embargo, no estuvo mucho tiempo en uso. Despues de la publicacion de las Pandectas, Justiniano nombró en 534 una nueva comision de cuatro jurisconsultos, bajo la direccion de Triboniano, para que revisaran el Código y lo pusieran en armonía con el Digesto. Esto se hizo más necesario, principalmente á causa de las numerosas Constituciones promulgadas por el Emperador despues del año 529, las más notables de las cuales son cincuenta importantes decisiones dictadas por Justiniano para terminar una série de controversias sobre cuestiones prácticas entre los antiguos juristas, y que habian embarazado grandemente á los comisionados ocupados en la preparacion de las Pandectas. El nuevo Código, llamado á causa de esta revision *Codex repetitæ prælectionis*, es el que ha llegado hasta nosotros, y se publicó con fuerza de ley en 534.

Plan del Codigo revisado.—El Código está dividido en doce libros; cada uno de éstos en títulos, y cada título se compone de cierto número de Constituciones imperiales, algunas íntegras, otras incompletas, y todas puestas en órden cronológico. Los diferentes asuntos son tratados con separacion, y el órden en que se suceden los títulos es análogo al del Edicto perpétuo. Las Constituciones llevan todas los nombres de los Emperadores que las dictaron y sus fechas correspondientes.

Como el Código comprende las Constituciones de los Emperadores, desde Adriano hasta Justiniano, su carácter literario dista mucho de ser uniforme. Miéntras que las leyes de Adriano y de sus inmediatos sucesores en Roma, están redactadas con elegancia y precision, las publicadas por los últimos Emperadores en Constantinopla son á veces tan difusas, que llega á ser difícil el penetrar su verdadero sentido; y en cuanto á la proligidad, el mismo Justiniano es, en este respecto, uno de

los más culpables, aunque la excelencia del fondo compensa los defectos de la forma. Debe tambien observarse, que muchas de las Constituciones del Código han sido alteradas por los compiladores con el fin de desacreditarlas bajo el punto de vista histórico. Así aparece comparando la Recopilacion de Justiniano con el Código Teodosiano, cosa que Godefroy censura severamente en su Comentario.

Las Pandectas (533).—Despues de publicarse la primera edicion del Código, Justiniano, en Diciembre de 530, autorizó á Triboniano para que, auxiliándose de diez y seis comisionados, preparara una coleccion de estractos de los escritos de los jurisconsultos Romanos más eminentes, formando así un cuerpo de leyes para el gobierno del Imperio, acomodado á las necesidades de la época. Se dieron ámplios poderes á esta comision legislativa, para elegir sólo lo que fuera útil, omitir lo que fuera antiguado ó supérfluo, resolver contradicciones, y para llevar á cabo en las obras originales las modificaciones ó correcciones que se considerasen convenientes. El Emperador concedió diez años para este trabajo inmenso; pero se terminó en tres. Se publicó con el título de *Digesto* ó *Pandectas*, el 16 de Diciembre del año 533, y se declaró que tendria fuerza de ley desde el dia 30 de aquel mes.

Extractos de treinta y nueve jurisconsultos.—Toda la literatura jurídica de los tiempos antiguos se puso á contribucion por Triboniano y sus colegas. Se reunió en un solo volúmen lo mejor de las obras de treinta y nueve de los más ilustres jurisconsultos, desparramado en más de dos mil distintos tratados, habiéndose cuidado de hacer saber á la posteridad que en estos extractos aparecen tres millones de líneas abreviadas y reducidas á la cantidad más modesta de ciento cincuenta mil. Entre los jurisconsultos elegidos, sólo tres pertenecian á la República; rara vez se mencionan los que florecieron bajo los primeros Emperadores; de manera que los escritores que más han contribuido á las Pandectas vivieron dentro de un ciclo de unos cien años, desde el Edicto perpétuo de Adriano hasta la muerte de Alejandro Severo (131 á 235.) Más de una tercera parte de las Pandectas está tomada de Ulpiano; así que él es el que más contribuye á esta obra; despues de él los escritores principales colocados segun la extension de los extractos sa-

cados de sus obras, son: Paulo, Papiniano, Salvio Juliano, Pomponio, Q. Cervidio Sœvola y Gayo.

Los compiladores de las Pandectas obraron con excesiva libertad al extractar las obras originales, lo cual fué una consecuencia necesaria de las instrucciones que les diera Justiniano al objeto de que la coleccion fuese adecuada y acomodada á un nuevo órden de costumbres, religion y gobierno. Así es, que los extractos no siempre son dignos de fé; mucho se ha suprimido deliberadamente; mucho se ha aumentado y mucho se ha cambiado, con el fin de producir un todo armónico. Estas interpolaciones se atribuyen generalmente á Triboniano, que presidió la comision, y se llaman *Emblemata Triboniani.*

Division de las Pandectas en libros y títulos.—Segun el plan prescrito por Justiniano, el Digesto se divide en cincuenta libros. Los libros, á excepcion del 30, 31 y 32, se dividen en títulos, cuyo número total difiere segun las ediciones de 427 á 440. Cada título tiene una rúbrica que indica su contenido; se subdivide en secciones, está formado de extractos de diferentes obras, y se refieren á los asuntos especificados en el título. Los artículos que de esto resultan se llaman á veces leyes; pero como esta expresion no es del todo exacta, se denominan generalmente fragmentos. Cada fragmento lleva el nombre de su autor y el título de la obra de que se ha tomado, y se divide usualmente en párrafos, que están todos numerados, con excepcion del primero, llamado *principium.* El Digesto contiene al fin dos títulos muy oportunos, siendo el epígrafe del uno: *De verborum significatione*, y el del otro: *De regulis juris.*

El método que siguieron los compiladores de las Pandectas, al ordenar los fragmentos dentro de cada título, constituye el asunto de un ensayo erudito del sabio jurisconsulto aleman Bluhme (1).

El órden del Digesto ha sido, con frecuencia, criticado con severidad y con razon. Se ha censurado la forma de los extractos y el modo en que se han ordenado en sus diferentes títulos. Muchas de las leyes están mal colocadas, y á esta falta de órden se atribuye la dificultad que hay á veces para comprenderlas. Aunque la variedad de asuntos que contiene el Digesto es inmensa, no tiene la pretension de ordenarlos de un modo científico.

(1) Sobre este punto véase el Zeitschrift de Savigny, t. IV, p. 257; Themi, t. p. 278; De Fresquet, *Droit Romain*, t. I, p. 28.

Es una vasta enciclopedia de leyes heterogéneas mal coordenadas; todo se encuentra en ellas, pero no todo ocupa su debido lugar. Sin embargo, con todas sus imperfecciones, el Digesto es la coleccion en que los principios del Derecho Romano se encuentran más ámpliamente desarrollados, y es con razon considerado por Sir William Jones como «una mina inagotable de conocimientos jurídicos.»

Cuando Justiniano publicó el Digesto, prohibió «para en adelante el uso de las obras de los antiguos jurisconsultos en las academias y en los tribunales,» y con el fin de impedir nuevas controversias, vedó el escribir comentarios sobre las Pandectas.

Las Instituciones, (533).—De órden de Justiniano compusieron una obra elemental de Derecho, llamada las *Institutiones*, dos profesores, Teófilo y Doroteo, bajo la direccion de Triboniano. Se publicó á fines de 533, y obtuvo fuerza de ley al mismo tiempo que las Pandectas. Este trabajo, destinado á servir para los estudiantes, se fundó principalmente en las Instituciones de Gayo, pero se rehicieron sus elementos para armonizarlos con los cambios que habia esperimentado el Derecho.

Las Instituciones de Justiniano consisten en cuatro libros, cada uno de los cuales se divide en títulos, el número total de los cuales es noventa y nueve. Este compendio se limita cási exclusivamente á asuntos de Derecho privado, que se estudia dividiéndole en tres tratados: de personas, de cosas y de acciones; mas al fin del cuarto libro hay un título sobre *judicia pública*, asunto que habia omitido Gayo. Teófilo, uno de los compiladores de la Instituta, escribió una paráfrasis de ella en griego.

Ningun libro de Derecho ha sido tan celebrado por su método y elegante precision, ninguno tan frecuentemente impreso, traducido, imitado y comentado, como las Instituciones de Justiniano. En 1701 publicó un libro un sábio profesor con este extraño título: «De la lamentable multitud de comentarios

sobre las Instituciones» (1). Y áun en nuestros dias continúa este afan, pues apénas pasa un año sin que se aumente con algunos volúmenes este *onus camelorum* (2).

Novelas de Justiniano.—La legislacion de Justiniano no terminó con la publicacion del Código revisado en 534. En los siguientes años de su reinado, desde 535 hasta 565, el Emperador publicó muchas Constituciones, que produgeron importantes cambios en el Derecho, aunque su número disminuyó despues de la muerte de Triboniano, en 545. Estas nuevas Constituciones están escritas unas en griego, y otras en latin, en un estilo algo oscuro. Se llaman *Novellæ Constitutiones*, ó más brevemente Novelas, y se publicaron oficialmente despues de la muerte de Justiniano. El número total de *Novellæ* es 168; 154 de las cuales se atribuyen al Emperador, y las demás á sus sucesores ó á prefectos pretorianos.

Una parte considerable de esta coleccion se refiere á asuntos de Derecho privado, y las novelas 118 y 127 merecen particular atencion, pues contienen las admirables reglas relativas á la sucesion intestada, creada por Justiniano.

Poco despues de la muerte de Justiniano, Juliano, profesor de Derecho en Constantinopla, publicó un compendio en latin de 125 novelas, bajo el título de *Epitome Novellarum*. Otra traduccion en latin de las Novelas apareció despues, llamada *Corpus Authenticum*, que fué la coleccion que adoptaron los *Glosadores* por tener autoridad legal.

Era el objeto de Justiniano comprender en los Códigos y en las Pandectas un cuerpo completo de Derecho; y Savigny ha notado que estas dos obras «debian propiamente considerarse como el complemento del designio de Justiniano.» Las Instituciones no pueden estimarse como un tercer trabajo independiente de los otros dos, pues sirve á éstos como de introduccion ó manual. Finalmente, las *Novellæ* son sencillas y sucesivas adiciones y alteraciones, y es puramente una circunstancia

(1) And. Homberg. *De multitudine nimia commentatorum in institutiones juris.*—Helmstadt, 1701,

(2) Vinnio, que era profesor de Derecho en Leyden, á mediados del siglo XVII publicó un excelente comentario sobre la Instituta, y era el libjo favorito de Pothier. Entre las obras recientes, pueden recomendarse tres á la atencion de los estudiantes, *Les Institutes nouvellement expliquées*, por M. Ducarroy, 3 vol., 1822-27; *Explication historique des Institutes*, por M. Ortolan, 3 vol., 6.ª edicion, 1857, y la *Translation of Justinian's Institutes*, with notes, por Sandars, 1 vol., 1853.

accidental el que no se hiciera una tercera edicion del Código al fin del reinado de Justiniano, en la cual se habrian comprendido las Novelas que tenian una aplicacion permanente (1).

Corpus Juris Civilis.—El Derecho Romano, tal como fué recibido en Europa, consta sólo de lo que se llama el *Corpus Juris Civilis;* es decir, enumerándolas segun se hace hoy, de la Instituta, las Pandectas, el Código y las Novelas, y esto en la forma que se dió á este cuerpo de Derecho en la célebre escuela de Bolonia. Segun Savigny, «ésta fué la forma en que la Legislacion Romana llegó á ser el Derecho comun de Europa, y cuando en siglos postériores se utilizaron otras fuentes, el *Corpus Juris* de la escuela de Bolonia habia sido tan universalmente recibido y admitido desde largo tiempo como la base de la práctica, que los nuevos descubrimientos no salieron de los dominios de la pura ciencia, sirviendo tan solo para el conocimiento de la teoría del Derecho. Por la misma razon, el Derecho antejustinianeo se excluye de la práctica.» Además, áun respecto á las fuentes generalmente reconocidas, se concede que el Derecho público romano no tiene aplicacion en nuestros dias, y que hay muchos puntos de Derecho privado, como, por ejemplo, los relativos á esclavitud y á estipulaciones, que en los tiempos modernos no tienen ninguna aplicacion (2).

Antinomias ó contradicciones—Cuando hay contradicciones entre las diferentes partes del *Corpus Juris*, debemos recordar que la ley nueva prevalece sobre la más antigua. Las Novelas tienen mayor autoridad que la Instituta, que las Pandectas y que el Código, y áun entre las mismas Novelas, la última en fecha se prefiere á las que son anteriores. El Código revisado prevalece sobre la Instituta y las Pandectas, porque es más reciente. Cuando hay divergencia entre las Instituciones y las Pandectas, no es fácil resolver la dificultad, pues ambos recibieron fuerza de ley en el mismo dia. No se pueden fijar leyes generales, y, por tanto, cada caso ha de considerarse segun sus circunstancias particulares, y un criterio semejante debe adoptarse cuando se tropieza con contradicciones

(1) Savigny, *Geschichte des Röm. Rechts in Mittelalter*, vol. I, p. 14.
(2) Savigny, *Droit Romain*, vol. I, p. 68.

entre los pasajes de una misma parte de la Coleccion de Justiniano (1).

Modos de citar el Derecho Romano.—El modo de citar las Instituciones, las Pandectas y el Código, antiguamente en uso, consistia en mencionar las primeras palabras de la rúbrica del título, así como de la ley y del párrafo. Esto obligaba á consultar el índice de la Coleccion de Justiniano, que comprendia más de mil doscientos títulos. En los tiempos modernos hay varios modos de citar; pero en Inglaterra se adopta generalmente el que Gibbon apellida «el método sencillo y racional de enumerar el libro, el título y la ley.» En lugar del término *ley*, algunos autores consideran que es más correcto usar la voz *fragmento* cuando se trata de las Pandectas, y *Constitucion*, cuando del Código.

En cuanto á las Novelas, se citaban por los *Glosadores* bajo el nombre de *Authenticæ*, ó con la abreviatura *Auth.* En los tiempos modernos se distinguen generalmente por su número y capítulo, como, por ejemplo, Nov. 118, Ch. I.

Opiniones acerca de las obras de Justiniano.—Sobre el mérito de la Coleccion de Justiniano se han emitido las más contradictorias opiniones. Ha sido considerada por unos como una masa grande é informe de antigüedades jurídicas, que ya han cesado de ser de utilidad práctica, y por otros encomiada como el más hermoso monumento levantado por el génio del hombre. Un entusiasta ha llevado su idolatría hasta el extremo de declarar que, si se exceptúan las Sagradas Escrituras, no hay nada que pueda compararse con el *Corpus Juris:* de ambos lados ha habido en esta controversia mucha exageracion, y la verdad probablemente se encontrará entre los dos extremos. Aun los admiradores más ardientes de la Compilacion de Justiniano reconocen sus grandes faltas y defectos, y al cabo de trece siglos no puede producir sorpresa, que en una gran parte no sea aplicable á las exigencias de la sociedad moderna. Empero, con todas estas salvedades, este gran cuerpo de Jurisprudencia, considerado como sistema de Derecho privado, es indudable que ha egercido la influencia

(1) Mackeldey, pár. 77, p. 47. Maynz, vol I, p. 176, nota.

más benéfica, así en la ciencia moral como en la política, y ha introducido ideas más justas y liberales tocante á la naturaleza del Gobierno civil, y á la administracion de justicia, en todas las naciones de la Europa moderna, que se levantaron sobre las ruinas del Imperio Romano.

CAPÍTULO III.

Suerte del Derecho Romano despues de Justiniano y renacimiento de su estudio en Europa.

SUMARIO.=SU DESTINO EN ORIENTE.—Traducciones griegas.—Las Basílicas.—Obras de los jurisconsultos bizantinos.=SU DESTINO EN OCCIDENTE.—Códigos de Occidente.—El Derecho Romano nunca llegó á olvidarse por completo.=RENACIMIENTO DEL DERECHO ROMANO EN EUROPA.—Escuela de Bolonia (1120).—Juristas escolásticos.—Escuela francesa del siglo XVI.—*Anti-Tribonianus*.—Escuela holandesa.—Heinecio y Bach.—Pandectas de Pothier.—Jurisconsultos ingleses.—Escuela histórica de Alemania.

SU DESTINO EN ORIENTE.

Traducciones griegas.—En el Imperio de Oriente, las Instituciones, las Pandectas y el Código de Justiniano, se tradujeron al griego. La mayor parte de las Novelas habian sido publicadas en aquel idioma. Estas traducciones, con compendios y comentarios en griego, muy pronto llegaron á ser preferidas á los originales en Oriente.

Los Emperadores de Constantinopla publicaron gran número de Constituciones, que modificaron el Derecho de Justiniano, y entónces aparecieron una série de trabajos oficiales en lengua griega, que, sin abrogar terminantemente la autoridad del *Corpus Juris*, fueron gradualmente produciendo su desuso.

Las Basílicas.—En 867, el Emperador Basilio el Macedonio empezó á formar una nueva Coleccion en griego, que com-

prendia extractos de la Instituta, del Digesto, del Código y de las Novelas de Justiniano, coordinándolos segun los asuntos de que trataban con las Constituciones imperiales de fecha más reciente, habiéndose servido en algunos puntos de las fuentes primitivas y más puras del Derecho Romano. Esta obra, que contenia sesenta libros, divididos en títulos, fué llevada á cabo por su hijo, Leon el Filósofo, que reinó desde 886 hasta 911, y la publicó bajo el epígrafe de *Basílica*. Constantino Porphyrojénito hizo una nueva edicion hácia el año 945.

Las Basílicas, cuya autoridad duró hasta la caida del Imperio de Oriente, no han llegado íntegras hasta nuestros dias. En 1647, Fabrot las publicó en París con una version en latin. Hay treinta y seis libros completos, y siete mutilados, con algunos extractos de los libros restantes. Cuatro de los que faltaban se descubrieron despues, y se publicaron con una traduccion en el *Thesaurus Juris Civilis et Canonici*, de Meerman.

Obras de los jurisconsultos bizantinos.—Las Basílicas escritas en griego, y las obras de los jurisconsultos bizantinos, entre las cuales pueden mencionarse el *Promptuarium* de Constantino Harmennpolo, juez de Tesalónica, que falleció en Constantinopla en 1382, son de gran provecho para explicar los libros de Justiniano, á cuyo fin han sido muy utilizados por el famoso Cujas, fundador de la escuela histórica de Jurisprudencia Romana, en Francia, en el siglo XVI (1).

SU DESTINO EN OCCIDENTE.

El Imperio de Occidente habia sido desmembrado ántes del reinado de Justiniano, y sus obras de Derecho fueron destinadas tan sólo á sus súbditos de Oriente. Se publicaron cuando la dominacion de los Godos duraba aún en Italia.

Códigos de Occidente.—En el año 415, los Visigodos fundaron un reino en la Gália meridional. A mediados del mismo siglo, los Borgoñones formaron otro á orillas del Ródano. Odoacro, que habia destruido el Imperio del Oeste

(1) Haubold: *Manuale Basilicorum*, Leips, 1819. Themis, t. VII, p. 165, y t. IX, p. 321. Montreuil, *Histoire du Droit Byzantin*, 3 vol., 1847.

en 476, fué vencido en 493 por los Ostrogodos, que se hicieron dueños de la Italia.

Para estos tres reinos se publicaron tres Códigos: el primero en fecha fué el Edicto de Teodorico (*Edictum Theodorici*), publicado en el año 500 para los Ostrogodos. Contiene extractos de las fuentes del Derecho Romano, utilizados con mucha libertad; es breve y muy incompleto. Despues de la reconquista de Italia por Narsés en 553, el Edicto de Teodorico fué sustituido por la Legislacion de Justiniano.

La *Lex Romana Visigothorum*, comunmente llamada *Breviarium Alaricianum*, que Alarico II compuso en 506 para los Romanos del reino de los Visigodos, contiene extractos del Código Teodosiano y Novelas agregadas al mismo, de los dos trabajos de Gayo y Paulo, de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, y de las Respuestas de Papiniano. El Código de Alarico tuvo fuerza en España hasta mediados del siglo VII. En Francia se adoptaron las mismas leyes bajo los Reyes de la primera dinastía en las provincias conquistadas á los Visigodos.

La más breve é insignificante de estas Colecciones es la que se compiló para los Borgoñones despues del año 517: *Lex Romana Burgundiorum*, conocida desde hace mucho tiempo por el nombre de *Papianus*. Este nombre fué debido á un error de Cujas, que él despues corrigió, siendo Papianus una abreviacion de Papinianus, algunas de cuyas Respuestas se encuentran en la coleccion. Despues de la destruccion del reino de los Borgoñones en 536, el *Breviarium* alcanzó fuerza legal (1).

A causa de las victorias de Belisario y Narsés, Justiniano recuperó por cierto tiempo á Italia y Africa, y por un Edicto de 554 mandó que sus leyes se observasen en los territorios conquistados. Pero estas leyes no penetraron en las Galias ni en España, en cuyos países habia habitantes que vivian bajo la ley Romana, pero se regian por los Códigos de los conquistadores Germanos, que habian adoptado una parte considerable del Código Teodosiano, y por otras fuentes del Derecho Romano, tales como existian en el Imperio de Occidente al tiempo

(1) Maynz, pár. 85.

de su disolucion. Despues de un breve intervalo, los Lombardos tomaron posesion de la mayor parte de Italia, y los Emperadores de Oriente perdieron lo único que les quedaba, el exarcado de Rávena, en 752.

El Derecho Romano nunca llegó á olvidarse por completo.— Las investigaciones de Savigny han demostrado el error de la tradicion popular, que ya habian puesto en duda Muratori y otros escritores, segun la que el Derecho Romano habia quedado sepultado durante siglos en el olvido, hasta que renació de repente y se esparció por Europa merced al descubrimiento del ejemplar florentino de las Pandectas en el asalto de Amalfi el año 1135. No cabe duda de que el Derecho Romano, tal como subsistia en el Imperio de Occidente al tiempo de su desmembramiento, nunca llegó á perder su autoridad, siendo, por el contrario, recibido en los nuevos reinos Godo, Lombardo y Carlovingio como la ley de aquellos que por nacimiento ó por eleccion se habian conformado con ella. Además, las obras de Justiniano, y particularmente las Pandectas, eran conocidas y estudiadas en diferentes puntos de Europa mucho tiempo ántes del sitio de Amalfi. En los pueblos de Occidente, las Compilaciones de Justiniano habian sustituido al Código Teodosiano en un período que no se ha fijado exactamente, pero que está entre los siglos IX y XI; y Pedro de Valencia, en una obra de Derecho que publicó en el siglo XI, se sirve de las Instituciones, de las Pandectas, del Código y de la traduccion de las Novelas hechas por Juliano (1).

RENACIMIENTO DEL DERECHO ROMANO EN EUROPA.

Escuela de Bolonia (1120).—El renacimiento del Derecho Romano como ciencia en Europa coincide con el engrandecimiento de las ciudades italianas. «A Italia, cuna del Derecho Romano, dice Lerminier, estaba reservado el honor de ser el teatro de su renacimiento científico (2).» Irnerio fué el fundador de la escuela de Derecho en Bolonia, y explicó en sus cátedras hácia el año 1120. Los primeros juristas de Bolonia

(1) Lerminier: *Histoire du Droit*, p. 462.
(2) Idem, p. 33.

se limitaron á escribir principalmente glosas, que eran breves apuntes explicativos de lo que aparecia ambiguo ú oscuro en el texto original. Estas glosas fueron reunidas y refundidas por Accursio de Florencia, cuyo trabajo ha sido censurado con severidad por algunos autores, que no han tenido en cuenta tanto como era debido la ignorancia inevitable en el siglo en que escribió.

Desde la famosa escuela de Bolonia, el conocimiento del Derecho Romano se esparció con rapidez sobre la Europa. Los absurdos que entónces prevalecian en la administracion de justicia, pueden imaginarse en vista de los monumentos auténticos que nos quedan de leyes antiguas y bárbaras, y nada sirvió tanto para recomendar el estudio del Derecho Romano como la extremada imperfeccion de la jurisprudencia anterior á él en todas las naciones Europeas (1). El lombardo Vacario fué á Inglaterra y explicó una série de nociones en Oxford, en 1149. Escribió una obra para uso de los estudiantes pobres, que comprendia extractos tomados literalmente de las Pandectas y partes del Código, con este título: *Liber ex universo enucleato jure excerptus, et pauperibus præsertim destinatus.* El Rey Estéban prohibió á Vacario la enseñanza del Derecho Romano en Inglaterra, y mandó destruir todos los manuscritos sobre esta materia; pero este edicto surtió poco efecto, y el estudio del Derecho Civil (2) se fomentó por el clero, que monopolizaba todo el saber en aquellos tiempos y desempeñaba los cargos más importantes del Estado.

Juristas escolásticos.—A los glosadores sucedieron los juristas escolásticos, que florecieron desde el siglo XIII hasta fines del XV, y entre los cuales Odofredo, Bártolo y Baldo son muy notables. Se los llama á veces Bartolistas y se les acusa de sacrificar la autoridad de los textos originales del Derecho Romano á la opinion particular de los comentadores; su enojosa proligidad, sus inútiles sutilezas y su bárbaro estilo han sido causa de que hayan sido condenadas sus obras á un cási completo olvido.

Durante cuatro siglos, el cultivo de la ciencia del Derecho

(1) Véase la *History of England* de Hume, v. III, p. 300.
(2) En Inglaterra continúa llamándose Derecho Civil al Derecho Romano.—(N. del T.)

en Europa permaneció encerrado principalmente dentro de las escuelas de Italia, en donde la Jurisprudencia florecia al lado de la poesía y de la literatura. Dante nació cinco años despues de la muerte de Accursio; Petrarca y Boccacio eran contemporáneos de Bártolo, y cuando los Griegos fueron expulsados de Constantinopla, algunos nobles desterrados fueron á Italia y allí difundieron el gusto á las bellas letras, así como á la historia y á las antigüedades, y elevando así el nivel del saber, mejoraron mucho la jurisprudencia. Angel Policiano, que murió en el año 1494, se elevó á una gran altura, contribuyendo poderosamente á la union de la literatura clásica con el estudio del Derecho.

Escuela francesa del siglo XVI.—En el siglo XVI, la ciencia del Derecho teórico pasó de Italia á Francia. Invitado por Francisco I, Andrés Alciato de Milan fué á Bourges, en donde dió lecciones sobre el Derecho Romano, atrayéndose muchos discípulos. Fué uno de los primeros que unió al estudio de la Jurisprudencia el de las bellas letras y el conocimiento de la arqueología.

Hácia el año 1550, Cujas, más conocido por su nombre latinizado de Cujacius, vino á ser profesor en Bourges, teatro principal de sus trabajos, donde adquirió gran renombre y fundó la escuela histórica. No obstante lo voluminosos que son sus escritos, efecto de la gran variedad de asuntos que abrazan, no son difusos, sino que, por el contrario, supo combinar el arte de explicarse con claridad con una grande concision. Su célebre *Paratitla* sobre el Digesto, contiene una breve y ordenada exposicion de todos los títulos, con algunas ampliaciones; y su gran rival, Hotman, estimaba tanto este librito, que aconsejó á su hijo que siempre lo llevase consigo. Entre todos los intérpretes del Derecho Romano que han aparecido en Europa, se concede generalmente á Cujas el primer puesto. Sus obras forman época en la Jurisprudencia, y se cuenta que era tal su fama, que en las escuelas públicas de Alemania, cuando se pronunciaba su nombre, todos se quitaban el sombrero (1). Cujas, que era natural de Tolosa (Francia), murió en Bourges en 1590 (2).

(1) Biog. Univ.: *Hallam's Literature of Europe*, vol. II, p. 72.
(2) Véase la lista completa de sus obras en la *Histoire du Droit*, de Lerminier, p. 48, nota.

Anti-Tribonianus. — Doneau, profesor de Bourges que aparece frente á frente de Cujas, escribió tratados sobre Derecho Romano con independencia de los textos y en un latin vigoroso. En 1567, Francisco Hotman publicó su *Anti-Tribonianus* con el fin de mortificar á Cujas y de congraciarse con el Canciller L'Hôpital. En esta obra Hotman declara la guerra á todo el Derecho Romano. No sólo ataca á Justiniano y á Triboniano, sino que ni siquiera encuentra qué alabar en los jurisconsultos clásicos, como Papiniano, Paulo y Ulpiano. El sábio é intencionado autor de este curioso libro es el padre de los anti-romanistas. Recomendó la formacion de un nuevo Código de leyes, tomando todo lo bueno del sistema Romano, y buscando en otras fuentes lo que se considerara digno de ser adoptado. Muchos juristas franceses recibieron favorablemente estas doctrinas, y este partido llegó á tener tanta influencia, que por la Ordenanza de Blois de 1579 se prohibió que en la Universidad de París se enseñara el Derecho civil. No se hizo el mayor caso de esto, y un siglo despues continuaron las lecciones, pretextando la incertidumbre que el olvido del Derecho Romano ocasionaba (1).

Para que el Derecho Francés recibiese en el siglo XVI el mismo impulso que alcanzó el Romano por los esfuerzos de Cujas, apareció Cárlos Dumoulin. Era abogado del Parlamento de París, y cuando murió en 1566 era considerado como el hombre más docto de su época en el Derecho civil y consuetudinario de Francia. En sus Comentarios sobre la costumbre (*coutume*) de París, Dumoulin combinó tan admirablemente el Derecho Romano con el francés, que despues todos los jurisconsultos le han seguido, tomándolo como maestro; preparó el camino á las obras de Pothier, y puede decirse que ocupa como jurista en Francia, el mismo puesto que Sir Eduardo Coke en Inglaterra ó Lord Stair en Escocia.

Escuela Holandesa.—En España y Holanda, el Derecho Romano se cultivó con gran éxito, sobre todo despues del siglo XVI. Se formó una escuela en Holanda, que, si no superó, á lo ménos merece ser colocada al lado de la francesa de los

(1) *Hallam's Literature*, vol. II, p. 75.

siglos XVI y XVII. Entre otros doctos jurisconsultos, la Holanda puede enorgullecerse con razon de haber tenido hombres como Grocio, Van Leeuwen, Vinnio, Huber, Voet, Schulting, Noodt y Bynkershoek, y á tanto se elevó la reputacion de sus profesores, que por mucho tiempo adquirieron una superioridad sobre los franceses, atrayendo á Leyden y Utrecht gran número de estudiantes que ántes iban á Bourges y Tolosa.

En los siglos XVII y XVIII, el Derecho Romano fué estudiado é ilustrado por muchos sábios escritores, además de los ya mencionados, como Godefroy, Domat, Gravina, Heinecio, Bach y Pothier.

Heinecio y Bach.—Gibbon confiesa que, para poder penetrar en el laberinto del Derecho Romano, encontró una guia poderosa en el profesor aleman Heinecio, que falleció en Halle en 1741. Heinecio gozaba de gran reputacion como escritor elegante, versado en todo lo que sobre estas materias se sabia en su tiempo; escribió una historia del Derecho Romano y otra del aleman. Su obra sobre las Antigüedades Romanas, particularmente la última edicion hecha por Haubold, ha sido muy celebrada, y es considerada por muchos como la mejor de las suyas. En cuanto á sus tratados elementales sobre las Instituciones y las Pandectas, están escritas con concision y claridad, y durante mucho tiempo han sido los libros de texto en las principales Universidades de Europa; pero á causa de los trabajos y descubrimientos de la escuela histórica han perdido mucho de su antiguo valor. Bach, tambien jurisconsulto aleman, que murió en 1758, era ántes del advenimiento de la escuela histórica el mejor historiador del Derecho Romano.

No obstante lo rápido é imperfecto que es, como no puede ménos, este bosquejo, no puede pasarse en silencio á Pothier. Murió en 1772, ántes de la Revolucion francesa, despues de haber escrito aquellas célebres obras sobre el Derecho francés, que él elevó á su mayor perfeccion ántes de que se formaran los Códigos. Pero sus triunfos no se limitaron á una sola esfera. A Pothier le cupo en suerte la realizacion del magnífico proyecto de Leibnitz al reformar el Derecho Romano de Justiniano, reduciéndolo todo á un órden sistemático, sin menoscabar en nada la pureza de los textos originales (1).

Pandectas de Pothier.—A mediados del siglo XVIII, Pothier publicó su gran obra, titulada *Pandectæ Justinianæ in novum ordinem digestæ*. Penetrado de las grandes imperfecciones de la coleccion de Justiniano en lo referente al órden ó método, Pothier se propuso exclarecer este cáos del Derecho Romano, y hacer él lo que debieron haber hecho Triboniano y sus asociados, reuniendo todos los textos esparcidos por estos inmensos libros, para ilustrar un texto con otro, sin atender más que á la manera en que están colocados y enlazados; en una palabra, sustituyendo el órden á la confusion, haciendo inútiles los innumerables comentarios bajo los cuales habian quedado los textos sepultados por siglos enteros. Nada más atrevido que esta empresa, que parecia superior á los recursos de un solo hombre, y necesitar más tiempo que la duracion ordinaria de la vida humana. ¿Y cómo llegó á efectuarse esta tarea hercúlea? Al cabo de dos años de contínuos esfuerzos, Pothier escribió un libro en latin, en el cual se conservaba la antigua division de libros y títulos de las Pandectas, colocando los textos dentro cada título, segun su órden natural; así que cada título forma un tratado completo del asunto indicado en la rúbrica. Inmediatamente despues de la exposicion del asunto, se insertan los textos, que contienen definiciones y principios generales. Divisiones y subdivisiones metódicas facilitan la clasificacion y comprension de los demás textos. El Derecho antiguo se explica y se esclarece, y se cuida mucho de demostrar hasta dónde sus disposiciones han sido confirmadas, interpretadas, modificadas ó anuladas por la Instituta, el Código y las Novelas. Las antinomias se concilian ó se explican, y los textos oscuros se aclaran por medio de notas en extremo claras y concisas. Todo lo que es obra del autor, los medios de transicion, de que con tanta sagacidad se ha valido para enlazar las leyes y demostrar su mútua relacion, y las notas, tan eruditas como concisas, con que las ha

---

(1) Este mérito ha sido atribuido erróneamente por Mr. Hallam (*Literatura de Europa*, vol. III, p. 447) á Domat, que publicó en 1689 las *Lois civiles dans leur ordre naturel*, libro que alcanzó gran éxito entónces, particularmente en Francia; pero no llevó á efecto el proyecto de Leibnitz, pues era el suyo un tratado sistemático en francés, y no un nuevo ordenamiento del Derecho de Justiniano.

ilustrado, se indican claramente en letra bastardilla, y merced á este plan ingenioso los textos aparecen en su pureza original.

Todo cuanto se diga será poco á propósito de la utilidad de esta obra de Pothier para los estudiantes de Derecho Romano, aunque el método es diametralmente opuesto al de su compatriota Cujas. Éste, al explicar el Derecho Romano á sus discípulos, como verdadero arquéologo literario, reunia todos los extractos de un mismo jurisconsulto que estaban esparcidos en el Digesto; así que, propiamente hablando, no eran las Pandectas las que les hacia estudiar, y sí Ulpiano, Paulo ó Papiniano. Por otra parte, Pothier en sus Pandectas ha tratado el asunto con espíritu de jurisconsulto práctico; ha conservado la misma distribucion de libros y títulos; pero ha mudado el órden de las leyes incluidas bajo cada uno de estos mismos libros, y sometido á un solo exámen todo lo que se refiere á un mismo asunto. Por este motivo, el que quiera comprender completamente el punto dilucidado en este ó aquel título del Digesto, debe leer con detencion todos los textos contenidos en él en las Pandectas de Pothier, en donde encontrará reunido, formando un todo, no sólo lo que está esparcido entre los diferentes títulos del Digesto, sino tambien lo que se refiere á la misma materia en la Instituta, el Código y las Novelas.

Romanistas ingleses.—Preciso es reconocer que Inglaterra ha contribuido poco al estudio de la Jurisprudencia Romana. Arturo Duck adquirió cierta fama con la publicacion de un tratado sucinto en latin sobre el uso y la autoridad del Derecho civil en los diferentes países de Europa. Los *Elementa Jurisprudentiæ*, del doctor Ricardo Zouch, publicados en Oxford en 1629, y reimpresa por los Elzevir en Leyden, es un excelente epítome de las doctrinas fundamentales del Derecho Romano. Hace tiempo que se consideran las Instituciones de Wood como anticuadas. Sin menospreciar la erudicion y profundidad de los *Elementos de Derecho Civil*, del doctor Taylor, bien puede decirse que son muy imperfectos; las materias están tratadas en este libro con demasiada brevedad, miéntras que el libro resulta excesivamente voluminoso á consecuencia de las numerosas digresiones y largas citas de autores Griegos y Romanos que contiene. En el *Exámen del Derecho Civil*, del doctor Browne, encontramos comparaciones interesantes entre el sistema Romano y el Derecho inglés, y aunque no deja de tener algunas inexactitudes es obra de bastante mérito. En el capítulo 44 de su Historia, Gibbon ha hecho un análisis breve y acabado de la Jurisprudencia Romana, maravilloso esfuerzo de ingénio, y seria difícil encontrar otro que le iguale entre los escritos de jurisconsultos de profesion. Hugo tradujo este célebre capítulo al aleman en 1789, y Warnkoenig publicó una version francesa con notas en 1821. En estos últimos años, un número considerable de obras sobre el Derecho Romano ha salido de la prensa inglesa. La más notable de todas es un tratado concienzudo en cuatro tomos del doctor Colquhoun, antiguo discípulo de Thibaut, y más tarde juez en las Islas Jónicas.

Que el Derecho Romano ejerció gran influjo en la Jurisprudencia inglesa, es cosa que no puede ponerse en duda, pues Bracton y otros antiguos escritores, que contribuyeron mucho á la formacion del Derecho inglés, tomaron muchas leyes y principios de los civilistas. Aunque los antiguos legistas ingleses de Derecho comun (*common lawyers*), mostraron gran aversion á la Jurisprudencia Romana, la Corona y la Iglesia la tuvieron en favor. En todas partes los eclesiásticos combinaban el estudio del Derecho civil con sus propios Cánones, y se conferian grados en ambos Derechos en las Universidades. El sistema inglés de *equidad* y el Derecho eclesiástico se han formado más ó ménos sobre el Derecho Romano, ya directamente, ya sirviendo como intermediario el Derecho Canónico. Por otro lado, el pueblo inglés, celoso de la libertad nacional, tenia una aversion exajerada al Derecho público de los Romanos, que no pusieron límite alguno á las prerogativas reales, colocando al Príncipe fuera de toda sujecion á poder alguno; y de aquí que cuando se ha intentado en várias épocas en el Parlamento introducir novedades fundadas en el Derecho Romano, los barones ingleses se opusieron tenazmente, fundados en el temor natural de que llegasen á ser perjudiciales á las libertades de los súbditos (1). Es natural que en todo país libre se rechace el Derecho público de los Romanos, pues sólo

(1) *Moral and Political Dialogue* del Dr. Hurd, vol. II, p. 194-209.

cuadra bien á un Gobierno absoluto; pero esta circunstancia no aminora la excelencia de su Derecho privado, cuyo mérito es reconocido por los más eminentes juristas ingleses. Mister Austin dice: «La conveniencia de que exista un cuerpo de juristas que tengan un conocimiento ámplio del Derecho Romano, no puede negarse; en todos nuestros tribunales surgen incidentalmente cuestiones sobre legislaciones extranjeras, que se fundan principalmente en aquel Derecho. El Derecho que prevalece en algunas de nuestras colonias se deriva principalmente del mismo orígen, y las cuestiones que se suscitan con motivo de la aplicacion de la legislacion colonial se llevan ante el Consejo privado en apelacion» (1).

En Escocia, el Derecho Romano tuvo mejor acogida que en Inglaterra. Merced á la estrecha alianza que mantuvo por tanto tiempo con Francia, la Escocia tomó muchas de sus instituciones de este país, además de importar gran parte de la Jurisprudencia Romana para compensar la escasez de la legislacion pátria, indigesta é imperfecta, y que habia progresado poco como sistema de Derecho nacional hasta algun tiempo despues del establecimiento del Tribunal Supremo (*Court of Session*) en 1532. El Rey Jacobo V instituyó este Tribunal, dice Sir Jorge Mackenzie, tomando por modelo el Parlamento de París, siendo, segun su constitucion original, los jueces ordinarios siete eclesiásticos y siete legos, con un presidente. Realmente la enseñanza del Derecho civil empezó en Escocia cuando la Reforma, en 1560. Antes de esta época, era una costumbre muy general que los jóvenes dedicados á la carrera del foro, despues de terminada su carrera en Escocia, fuesen al extranjero á continuar sus estudios en Derecho civil en una ó várias de las Universidades del Continente, y esta costumbre fué observada por los más de aquellos que deseaban perfeccionarse en esta esfera de la Jurisprudencia, y esto áun despues de establecidas cátedras en las Universidades escocesas. En Escocia, el conocimiento del Derecho Romano se ha considerado siempre como la mejor introduccion al estudio del Derecho pátrio. Nadie puede ser admitido en el Colegio de abogados sin haber sufrido un exá-

(1) *Lectures on Jurisprudence*, por Austin, vol III, p. 367.

men en ambos derechos. Los jueces del Tribunal Supremo son elegidos generalmente en este cuerpo, y segun un artículo del Tratado de la Union (1), ninguna persona, aunque sea abogado, puede ser nombrado juez de aquel tribunal sin haberse examinado ántes de Derecho Romano. Todos los mejores escritores de Derecho escocés, como Stair, Bankton, Erskine y Bell, eran consumados Romanistas, y aunque no han escrito tratados especiales sobre esta materia, sus obras abundan en admirables enseñanzas acerca del Derecho Romano, demostrando gran saber y profundidad y un perfecto conocimiento de los escritos de los juristas del Continente.

Escuela histórica de Alemania.—A fines del siglo XVIII apareció en Alemania una nueva escuela histórica, que se ha consagrado al estudio de la Jurisprudencia Romana con extraordinario éxito y ardor. Mediante el descubrimiento de algunas obras antiguas, que han suministrado nuevas fuentes de saber, revivió algo del entusiasmo del siglo XVI por estos estudios. La Instituta de Gayo, las nuevas Constituciones del Código Teodosiano, las *Fragmenta Vaticana*, la República de Ciceron, las Cartas de Fronto y de Marco Aurelio, la Retórica de Julio Víctor, los Fragmentos de Symmacho, de Dionisio, de Halicarnaso, de Lidio sobre los magistrados, han abierto una nueva mina á las investigaciones de los modernos juristas alemanes. Hechos ántes ignorados han sido descubiertos; antiguos errores, admitidos tradicionalmente, se han desvanecido; y el Derecho Romano, como ciencia, ha alcanzado, bajo muchos respectos, una nueva faz.

Han dado gran impulso á este ramo de la ciencia los escritos de Hugo, Haubold, Thibaut, Niebuhr y Savigny. En 1811, M. Niebuhr publicó la primera edicion de su Historia Romana, que despues varió en muchos puntos. Federico Cárlos Savigny, profesor de Derecho en Berlin, que falleció en Octubre de 1861 á la edad de 83 años, fué el jefe de la escuela histórica de Alemania. Además de un tratado sobre la Posesion, publicado en 1803, es autor de dos obras famosas: la primera, la *Historia del Derecho Romano durante la Edad Media;* y la segunda, *Sistema del Derecho Romano actual*,

(1) Entre Inglaterra y Escocia. (N. del T.)

ambas notables por la grande erudicion y saber que revelan. A Cárlos de Vangerow, profesor de Derecho Romano en Heidelberg, debemos un admirable Tratado sobre las Pandectas (*Lehrbuch der Pandecten*, tres tomos, edicion sexta, 1855), el cual contiene una exposicion clara de las controversias que sobre el Derecho Romano han preocupado la atencion de los juristas modernos, así como la solucion, probablemente la más acertada, de tales dudas. Al hablar de los eminentes jurisconsultos alemanes de nuestros dias, no debemos omitir á Mackeldey, Marezoll y Warnkoenig, autores de excelentes obras elementales sobre el Derecho Romano, que nos han servido de mucho en nuestras investigaciones.

En algunos países de la Europa, especialmente en Francia y Alemania, la publicacion de nuevos Códigos civiles ha limitado bastante la utilidad práctica del Derecho Romano; pero esta circunstancia no ha perjudicado el estudio de aquel Derecho tanto como habian vaticinado los adversarios de la escuela histórica; porque, como Marezoll ha dicho con razon, el Derecho Romano, no sólo posee un valor científico universal, que nunca puede perder, sino que conserva indirectamente un mérito práctico en cuanto es él la base de los nuevos Códigos civiles de varios Estados, suministrando además una suma inagotable de principios generales para la decision de cuestiones que contínuamente surgen en la práctica diaria, y que no están previstas por el Derecho escrito, por la Jurisprudencia, ni por la costumbre. Al fallar el pleito entre Acton y Blundell, el Justicia Mayor, (*Chief-Justice*) Tindal, hizo observar que «el Derecho Romano no contiene regla alguna que por sí misma obligue á los súbditos de estos reinos; mas cuando se falla un pleito, en el que se cuestiona sobre principios respecto de los cuales no se encuentra en muchos libros autoridad terminante que pueda citarse, es una prueba de no escaso valor de la solidez de las conclusiones á que hemos llegado, el poder apoyarse en aquel Derecho, fruto de las investigaciones de los hombres más doctos, de la sabiduría colectiva de los siglos, y fundamento del Derecho de la mayor parte de los países europeos» (1).

(1) 12 Meeson y Welby, p. 324.

CAPÍTULO PRELIMINAR

DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LAS PRINCIPALES DIVISIONES DEL DERECHO.

SUMARIO.=Definicion de la Jurisprudencia.—La justicia natural y legal.—Relaciones entre el Derecho positivo y la moralidad.—Divisiones principales del Derecho.=I. DERECHO DIVINO POSITIVO.=II. DEL DERECHO NATURAL.—Nocion del Derecho natural segun los Romanos.—Opinion de Grocio y de otros escritores.—Teorías modernas de los escritores alemanes.=III. DEL DERECHO POSITIVO DE LOS ESTADOS INDEPENDIENTES.—Diversidad de Derecho segun los Estados.—Carácter arbitrario de muchas reglas de Derecho positivo.—Obligacion moral de obedecer el Derecho positivo.—Imperfecciones de todos los cuerpos legales.—Derecho positivo escrito y no escrito.—Derecho público y privado.—Division del Derecho privado segun su contenido.—La equidad en Inglaterra.=IV. DEL DERECHO INTERNACIONAL.—Derecho internacional privado.—Derecho público internacional.—Derechos de las naciones durante la paz.—Derechos durante la guerra.—Guerras civiles.—Leyes de la guerra.—Derechos de los beligerantes.—Declaracion de Paris de 16 Abril 1856.—Reglas relativas al bloqueo.—Reglas referentes al contrabando.—Cuestion del *Trent*.—Territorio neutral.—Tratados.—Clasificacion de los agentes diplomáticos.

El objeto de este capítulo es echar una breve ojeada á la Jurisprudencia como ciencia, y hacer algunas observaciones generales sobre las divisiones principales del Derecho, que constituyen la base de su enseñanza. En algunas Universidades del Continente hay cátedras consagradas á este objeto general (1), que constituye la mejor introduccion al estudio del Derecho en cualquiera de sus ramas especiales.

(1) Con los nombres de *Prolegómenos*, *Introduccion al estudio del Derecho*, *Enciclopedia*, etc. Este estudio no alcanza gran favor en Inglaterra, como lo sospecharán, al leer este capítulo preliminar, los que estén un poco familiarizados con la literatura jurídica del Continente, singularmente de Alemania é Italia. Es la escepcion más notable de esta regla la obra de Filosofía del Derecho que ha publicado recientemente el profesor de Edimburgo M. J. Lorimer: *The institutes of law*. (N. del T.)

Definicion de la Jurisprudencia.—La Jurisprudencia, en su sentido literal, quiere decir conocimiento del Derecho. Ulpiano, que tenia una idea muy elevada de su estudio predilecto, definia la jurisprudencia: el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto (1). Segun las ideas modernas, la Jurisprudencia es la ciencia ó la filosofía del Derecho positivo, es decir, el derecho establecido en una comunidad política independiente mediante la autoridad de su gobierno supremo. Por Derecho positivo, los jurisconsultos entienden una coleccion de reglas, á las cuales están sometidos los hombres que viven en una sociedad civil, de tal manera, que, en caso necesario, pueden ser precisados á obedecerlas mediante el uso de la fuerza. La Jurisprudencia general investiga los principios que son comunes á los varios sistemas de Derecho positivo, aparte de las peculiaridades locales, parciales y accidentales de cada uno, miéntras que la Jurisprudencia particular trata del Derecho de una nacion determinada, como Francia ó Inglaterra. Los escritores franceses emplean la palabra jurisprudencia á veces en un sentido técnico para indicar el derecho fundado sobre las sentencias de los Tribunales ó derivado de los escritos de los jurisconsultos, y en el lenguaje popular se emplea frecuentemente entre nosotros como sinónimo de Derecho (2).

La justicia natural y la legal.—La justicia natural ó la equidad consiste en hacer lo que es justo segun las circunstancias de cada caso particular. La justicia legal consiste en obrar en conformidad con el Derecho positivo.

La justicia, segun Ulpiano, es una constante y perpétua disposicion del espíritu para dar á cada uno lo que le es debido (3). Los tribunales de justicia, sin embargo, sin profundizar los motivos de la conducta de los hombres, sólo conocen de sus actos externos, que en un sentido legal se consideran justos ó injustos, segun que estén ó no en conformidad con el Derecho positivo.

---

(1) «Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.»—I. 1, 1, 1.

(2) Todos estos sentidos tiene tambien entre nosotros el término jurisprudencia, aunque el menos frecuente hoy es el que aquí le da Mackenzie, considerándolo como equivalente á Ciencia del Derecho. (N. del T.)

(3) «Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.»—I. 1, 1, pr.

Relaciones entre el Derecho positivo y la Moral.—Como la ciencia ética comprende todo el órden de deberes morales, su esfera es evidentemente mucho más ámplia que la de la Jurisprudencia, que sólo trata de aquellos deberes cuyo cumplimiento puede exigirse por el Derecho externo. Para explicar estas distinciones, los moralistas afirman que lo que ordena la Jurisprudencia es un deber perfecto, y lo que ordena la moral es un deber imperfecto, es decir, que se puede hacer ó dejar de hacer lo que dicta la conciencia, pero se compele á efectuar lo que dispone el Derecho positivo.

La experiencia demuestra que el número de actos que comunmente no se dejan al libre albedrío del indivíduo, y que están reglamentados por la legislacion del Estado, es extremadamente vário, siendo unas veces más y otras ménos; así que no se puede fijar ningun límite al imperio de la ley. De las reglas positiva de la moral, unas son leyes propiamente dichas, que se incluyen en el Derecho civil, y son adoptadas por él, miéntras que otras son reglas impuestas por la opinion, no imperativas, y la obligacion de observarlas depende sólo en la conciencia.

El Derecho divino, la Moral y el Derecho positivo, se relacionan de diversos modos, y se ha dicho por alguno que hay casos en que están acordes, casos en que están en desacuerdo, aunque no en contradiccion, y casos en que están en desacuerdo y en contradiccion (1).

Cuando Hobbes afirma que ninguna ley puede ser injusta, asercion que á muchos parecerá una paradoja, quiere decir que ninguna ley positiva es *legalmente injusta;* y en esto tiene completa razon, porque, segun la explicacion ya dada, la medida, ó sea la prueba de la justicia y de la injusticia *legal*, es el Derecho positivo. Pero aunque un acto puede ser justo, con arreglo á una ley dada, esta ley puede ser injusta juzgada por una norma distinta, como el Derecho divino y la Moral positiva.

Aunque los términos *justicia* é *injusticia* significan conformidad ó no conformidad con una ley determinada, á veces indican rigurosamente conformidad ó no conformidad con la

---

(1) Austin: *Province of Jurisprudence determined*, p. 17.

suprema medida ó prueba, que es la Ley de Dios. Este es el sentido anexo á la palabra justicia, cuando el Derecho y la justicia están en oposicion (1)

Divisiones principales del Derecho.—Antes de entrar en el estudio especial del Derecho Romano, nos parece útil hacer una breve explicacion de las divisiones principales del Derecho, que son las siguientes: 1.ª Derecho divino positivo; 2.ª Derecho natural; 3.ª Derecho positivo de los Estados independientes; 4.ª Derecho internacional. El Derecho divino, aunque de importancia inmensa para todos los hombres, es de la competencia del teólogo; el Derecho natural es un ramo de la moral práctica; el Derecho positivo de los diferentes Estados es el que toca estudiar á los abogados; y el Derecho moderno internacional, que reglamenta las relaciones entre los Estados, es un asunto del más vivo interés, no sólo para los jurisconsultos y publicistas, sino tambien para los estadistas y políticos de todas partes.

I.—Derecho divino positivo.

Derecho divino positivo.—El Derecho positivo de Dios es el que se refiere á los deberes religiosos, ó sea los principios relativos á la fé y á las costumbres, segun las revelaciones de las Sagradas Escrituras. Los preceptos derivados de la revelacion constituyen lo que se llama Derecho divino positivo, el cual se distingue del Derecho divino natural, en que éste se compone de principios reconocidos por la razon sin ayuda de la revelacion.

Aunque nos es posible descubrir por el sólo uso de la razon la diferencia natural entre lo bueno y lo malo, ó entre el vicio y la virtud, la revelacion divina vale infinitamente más que cualquiera sistema moral construido por los escritores de Ética, no sólo para darnos á conocer la ley del deber, sino tambien para fijar nuestras obligaciones á fin de observar aquella; porque la voz de la revelacion es la declaracion más autorizada y auténtica de la voluntad de Dios. Además de enseñar á

(1) Austin, nota, p. 276 y sig.

los ignorantes é indiferentes, sirve para ilustrar sobre la ley del deber áun á aquellos que con más diligencia la buscan; pues siendo el conocimiento de Dios infinitamente superior al nuestro, sus declaraciones sobre la naturaleza, y las consecuencias de nuestros actos, nos guiarán con más seguridad que nuestra propia experiencia ó conocimiento (1).

II.—Del derecho natural.

Nocion que del Derecho natural tenian los Romanos.—El Derecho natural, cuya existencia se ha negado á veces, ha sido perenne objeto de controversia. La idea que los Romanos tuvieron del *jus naturale*, era singularmente vaga é incierta. Ulpiano la define: el derecho que la naturaleza ha enseñado á todos los animales, y que es comun á los hombres y á las bestias (2); pero esta opinion ha sido generalmente combatida por estimarse que el Derecho natural, en su recto sentido, es peculiar de los séres racionales. Algunas veces se ha usado como sinónimo de equidad, y otras como equivalente al *jus gentium* (3). Ciceron, en un párrafo muy notable de su obra *De República*, ha expuesto la idea que tenia del Derecho natural, declarando que Dios es su autor, y que los deberes que impone son de inexcusable cumplimiento. No hay, dice, un derecho en Roma y otro en Atenas; uno hoy y otro mañana, sino que es siempre el mismo, alcanzando su fuerza obligatoria á todas las naciones y á todos los siglos (4).

Opiniones de Grocio y de otros escritores.—Hay algunas diferencias entre las teorías de los escritores acerca del derecho natural. El canciller Kent, siguiendo próximamente la definicion de Grocio, dice: «por derecho natural entiendo aquellas reglas justísimas de conducta que el Creador ha prescrito al hombre como sér social y dependiente que es, y que es posible fijar mediante las deducciones de la recta razon, aunque pueden conocerse con más precision y declararse más explícita-

(1) Rutherforth: *Institutes of Natural Law*, vol. I, p. 21.
(2) D. I. 1. 3.
(3) Gaio, D. I. 1, 9.—I. 1, 2, 1.
(4) *De Republica*, lib. III, 23.

mente por la revelacion divina» (1). Este derecho, se dice, ha sido escrito en el corazon de todos los hombres por el dedo de Dios; así es que nadie puede alegar ignorancia respecto de él; y siendo por esencia justo, su autoridad es igual en todos los tiempos y en todos los lugares.

Muchos escritores, como el doctor Paley, consideran el Derecho natural como el equivalente á la ciencia moral, que comprende nuestros deberes para con Dios, para con nuestros prójimos y para con nosotros mismos (2). Otros aplican el término derecho natural exclusivamente á las reglas prescritas al hombre por la razon en cuanto á su modo de conducirse con sus semejantes (3). Otros, finalmente, usan este término en un sentido más limitado aún, para indicar aquéllos deberes hácia nuestros semejantes, á cuya observancia podemos ser compelidos por la fuerza.

Al discutir la cuestion sobre si la ley natural es lo mismo que la ley moral, ó, si difieren, en qué consiste la diferencia, Serrigny dice: «La *Ley moral*, tomada en un sentido lato, comprende, á mi parecer, todas las reglas de conducta prescritas al hombre por su razon, así para consigo mismo como para con Dios. El *Derecho natural*, en un sentido tambien lato, á menudo se toma como la coleccion de reglas de conducta prescritas al hombre por la razon; pero en sentido restringido se refiere exclusivamente á aquellas de éstas reglas relativas á la conducta del hombre para con sus semejantes, que le obligan de una manera más extricta, y que pueden ser objeto de una ley á fin de protejer á los demás. En otras palabras, el *Derecho natural* abraza todos aquellos deberes que tiene el hombre hácia sus semejentes, que pueden sancionarse por el Derecho escrito; miéntras que la ley moral, además de los deberes del hombre hácia sí mismo y hácia Dios, comprende toda aquella parte de sus deberes hácia los demás, que no le obligan en un sentido jurídico, y no pueden obtener la sancion del Derecho civil» (4).

---

(1) Wightman, 4 Johns, Ch. R., 343. Citado en el *Conflict of Laws*, por Story, p. 208, nota.

(2) *Moral Philosophy*, por Paley, lib. I, cap. I, p. 1.

(3) «Le Droit naturel, c'est la partie de la morale, qui embrasse tous les devoirs des hommes les uns envers les autres.»—De Fresquet: *Traité Elementaire du Droit Romain*, t. I, p. 2.

(4) Serrigny: *Traité du Droit Public des Français*, t. I, p. 92.

Teorías modernas de los escritores alemanes.—Entre los escritores antiguos, el Derecho natural era más bien un sistema de moral que una teoría jurídica. Recientemente ha sido cuando se ha hecho un ensayo, principalmente por los filósofos alemanes, para separar el derecho natural de la moral, distinguiendo, entre los deberes humanos, aquellos á cuyo cumplimiento puede compelerse por la fuerza exterior, y aquellos que deben dejarse enteramente á la conciencia individual. En cuanto á la relacion del Derecho natural al positivo, hay gran falta de precision entre los escritores alemanes, y no deciden la cuestion de si el derecho natural debe considerarse tan sólo como una rama de la moral, ó si sus principios deben aplicarse prácticamente en los tribunales de justicia (1). Como la ley moral lo deja todo á la conciencia, se considera que un juez sólo puede obligar al cumplimiento de deberes morales cuando están reconocidos tambien por el derecho positivo (2).

Hay reglas comunes de justicia dictadas por la razon y fundadas en la naturaleza racional del hombre, que léjos de ser peculiares á ninguna nacion, son universalmente reconocidas; y aunque estas reglas serian moralmente obligatorias á todos los hombres que viven en un Estado social sin instituciones humanas, sin embargo, una gran parte del Derecho civil tiene por objeto el confirmarlas y hacerlas obligatorias. Lo que el Derecho natural manda ó prohibe absolutamente, es inmutable y de obligacion universal; así es que las leyes humanas pueden confirmarlo, pero no ponerlo en tela de juicio sin cometer una violacion manifiesta de la voluntad divina. Hay, sin embargo, muchas cosas, respecto de las que tenemos, como agentes morales, perfecta libertad, pudiendo hacerlas ó dejar de hacerlas sin infringir nuestros deberes morales; así es que queda un ancho campo á la esfera de accion de lo que se llama el derecho terreno.

---

(1) Falck: *Encyclopédie Juridique*, traducida del aleman por C. A. Pellat, p. 113.

(2) *Introduction to Study of Jurisprudence*, por Lindley, p. 9.

III.—Del derecho positivo de los Estados independientes.

Diversidad de Derecho segun los Estados.—El derecho positivo, cuando se aplica á una nacion determinada, como Francia, España ó Inglaterra, es la coleccion de reglas de conducta en el órden civil, prescritas é impuestas por el poder supremo del Estado. Diferencia de clima, de situacion, riqueza, comercio, civilizacion, hábitos y costumbres, y una infinita variedad de circunstancias internas y de relaciones, conducen á una perpétua variedad entre las leyes de las diferentes naciones (1).

Por la misma razon el derecho de un mismo pueblo experimenta constantes cambios, independientemente de la accion del poder legislativo. Esta instabilidad no puede considerarse como un mal, porque es imposible imaginar un cuerpo de derecho positivo igualmente adaptable á todos los tiempos y á todas las circunstancias, y la experiencia demuestra que la simetría de un sistema jurídico perfecto y filosófico sólo puede mantenerse acomodándolo de cuando en cuando al progreso y á los sentimientos generales del pueblo.

Carácter arbitrario de muchas reglas de Derecho positivo.—En todo Estado civilizado, hay muchas reglas de Derecho positivo que son puramente arbitrarias y que podrian ser anuladas ó reformadas sin daño del derecho de nadie. Así, la forma de celebrar el matrimonio, el número de testigos que se necesitan para un testamento, la época de la mayor edad, el número de años necesarios para la prescripcion, el procedimiento que debe observarse en los tribunales, y otra multitud de cosas, son por completo indiferentes en la esfera del derecho natural y se fijan por reglas arbitrarias, que difieren segun los Estados, y que pueden cambiarse en todo tiempo por motivos de pública conveniencia.

(1) Pascal se ha expresado con amarga ironía á propósito de las diversidades del Derecho entre los diferentes países: «Plaisante justice qu'une rivière ou une montagne borne: verité en deça des Pyrenées, erreur au dela.»—*Pensées*, part. I, artículo VI, pár. 8.

No hay nada, sin embargo, que sea indiferente, una vez que el Derecho positivo lo ha mandado ó prohibido. Si la autoridad del legislador es suficiente, hay que respetar la ley, así en lo pequeño como en lo grande, sin atender á su sabiduría ó á su importancia; y si necesario fuera, todo el poder del Estado debe emplearse para obligar á la obediencia. Porque «las leyes son nada, si la fuerza necesaria no viene en su auxilio;» y si se tolerára la contravencion de cualquiera ley, por trivial que fuera, desmoralizaria al pueblo á causa de la disminucion de respeto que recaeria sobre otras leyes de más vital importancia para el bienestar público.

Obligacion moral de obedecer el Derecho positivo.—Aparte del elemento de fuerza, la obediencia á las leyes justas de la pátria se considera como un deber moral obligatorio para la conciencia. Esta conclusion descansa, no sólo en las deducciones de la razon, sino tambien en las mismas Sagradas Escrituras, y Jeremías Taylor, en una sábia disertacion sobre este asunto, declara que esta doctrina es «tan cierta como un artículo de fé, y tan necesaria como una regla de las referentes á las costumbres.» No cabe duda de que si las leyes humanas están en oposicion con la voluntad manifiesta de Dios, la última debe obedecerse por ser la de importancia suprema, cualquiera que sea la pena en que se incurra. Pero ningun indivíduo supera en saber á la ley, y debe suponerse siempre, hasta que se pruebe lo contrario, que toda ley humana es justa cuando no se opone á la ley divina; así es que la desobediencia se presume mala en el órden moral, y, caso de error, incurre en responsabilidad el que desobedece (1).

Imperfecciones de todos los cuerpos legales.—Como las leyes, por bien ordenadas que estén, se destinan á la generalidad, no es posible formarlas tan correctas y acabadas que puedan adaptarse á toda la variedad de casos que pueden ocurrir, y son diferentes los modos en que los hombres pueden dañarse unos á otros sin que el Derecho civil pueda remediar el agravio. Tan imperfecto es, á la verdad, el Derecho civil, que con el deseo de que la justicia se realice, da á veces al indivíduo

(1) Véanse los *Comentarios de Blackstone*, vol. I, p. 58, nota de Coleridge.

poder bastante para procurarse ventajas exhorbitantes contrarias á la conciencia.

Contra estas imperfecciones no hay apelacion sino á la conciencia. Y aquí debemos recordar los tres preceptos generales de Justiniano: vivir honestamente, no dañar á nadie, dar á cada uno lo que es suyo (1). Estas máximas revelan una moral elevada, y sirven evidentemente para procurar el mútuo bienestar de los hombres en sus relaciones sociales; pero, no obstante toda su excelencia, no alcanzan á la regla divina del Evangelio: «Haz á los demás lo que quisieras que ellos hicieran contigo.» (San Mateo, VII, 12.)

La seguridad general de los derechos particulares y de la vida civil requiere la sujecion á leyes fijas y á las decisiones anteriores de los tribunales de justicia, lo cual á veces produce una falta de justicia, opresion, en casos particulares; pero despues de todo, es éste un mal menor que la incertidumbre y confusion que surgirian, si el criterio de los jueces se dejase libre é independiente de reglas positivas (2).

Derecho positivo escrito y no escrito.—El Derecho positivo de todos los países, puede, siguiendo el ejemplo de los Romanos, dividirse en escrito y no escrito. El primero, *statutory law* en Inglaterra, es el decretado por la expresa autoridad del poder soberano, y se consigna siempre por escrito. El Derecho no escrito, ó derecho consuetudinario, es el que no se ha promulgado por el poder legislativo por medio de la escritura, sino que debe su poder obligatorio á costumbres de antiguo existentes (3).

Toda ley puede ser derogada en todo ó en parte por otra ley, ya expresamente mediante la abrogacion de la antigua, ó tácitamente, cuando la nueva comprende disposiciones contrarias á las de la antigua; porque siempre que hay contradiccion entre dos leyes, se da la prelacion á la nueva: *Jus posterius derogat priori.*

---

(1) «Juris præcepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.»—I. 1, 1, 1.

(2) Lord Camden ha trazado un cuadro sombrío de los peligros que resultarian si se dejara demasiada libertad al criterio de los jueces. «El criterio discrecional del juez es la ley de los tiranos; es lo desconocido; es diferente, segun las distintas personas; es casual y dependiente del carácter, del temperamento y de la pasion. En los mejores es muchas veces el capricho; en los peores es cualquiera de los vicios á que está sujeta la naturaleza humana.»

(3) I. 1, 2, 9.

Las leyes no escritas, aunque establecidas al principio por el uso, pueden anularse ó modificarse por un acto expreso del poder legislativo. Pueden abrogarse tambien por llevar mucho tiempo en desuso; porque, fundándose en lo que es meramente una costumbre, un desuso prolongado ó no interrumpido es prueba de que ya no tienen fuerza.

Se dice que las leyes escritas pierden á veces toda su fuerza, si ha pasado mucho tiempo sin que hayan sido ejecutadas, ó si lo que mandan ha dejado de cumplirse, ó lo que prohiben se practica con impunidad. Pero, en principio, ninguna ley escrita puede derogarse por el desuso. Sin embargo, era una máxima de los jurisconsultos Romanos que, así como las leyes pueden establecerse por una prolongada costumbre, pueden tambien derogarse por desuso ó por costumbre contraria (1). En Escocia se ha adoptado esta doctrina y se ha aplicado hasta á los Estatutos. Se ha determinado que los Actos (2) del Parlamento Escocés anteriores á la Union de 1707, pierden su fuerza y se hacen ineficaces mediante una práctica contraria áun sin una derogacion formal. El Derecho inglés sigue un rumbo distinto; así, que todo Estatuto, por antiguo que sea, tiene fuerza de ley hasta que se anule por otro Estatuto. Un ejemplo notable de la aplicacion de esta regla puede encontrarse en la causa por homicidio bien conocida entre Ashford y Thornton en 1818, en el cual el Tribunal del Banco del Rey, que conoció en apelacion, sustuvo la prueba del duelo (3). Despues de este fallo, que sancionó el combate judicial en el siglo XIX, se dió una ley por el Parlamento aboliendo la relativa al uso del duelo en las causas de homicidio.

Derecho público y privado.—Otra distincion que hacian los jurisconsultos Romanos, era la del Derecho positivo en público y privado. El Derecho público es el que tiene por objeto la constitucion del Estado y de las relaciones que existen en-

---

(1) I. 1, 2, 11.—D. I. 3, 32, 1.

(2) En Inglaterra el proyecto de ley se llama *bill*, el cual cuando es sancionado por la Corona se convierte en *act*, y todos los dictados en una legislatura forman el *Statute*. Este se designa por el año del reinado del Monarca, y tiene tantos capítulos como *acts*. (N. del T.)

(3) Barn y Ald.: p. 405. En su obra sobre el origen y progreso de la Legislacion francesa (Paris, 1816, nota, p. 305), M. Bernard debió notar esta extraña anomalía, y dice: «Il n'est pas possible de porter plus loin le respect pour les anciens usages.»

tre el Gobierno y los indivíduos que constituyen la comunidad. El Derecho privado, llamado tambien á veces Derecho civil, es el que tiene por objeto las relaciones de unos indivíduos con otros (1).

El Derecho público se divide á veces en político ó constitucional y administrativo. En el primero se estudia la constitucion del Estado. En el segundo se trata de la administracion general, comprendiendo la organizacion judicial, los institutos militares, la hacienda y otros ramos que están á cargo de los empleados públicos. Los más de los jurisconsultos modernos tratan del Derecho penal (*criminal law*) como una parte del Derecho público. Es una regla fija que el Derecho público no puede mudarse por la voluntad de los indivíduos mediante acuerdos privados (2).

Aunque la division del Derecho en público y privado ha sido adoptada cási universalmente por los jurisconsultos del Continente, no se encuentra en los tratados sobre las instituciones del Derecho inglés. Mr. Austin sostiene que aquella parte del Derecho, generalmente llamada Derecho público, debe clasificarse incluyéndolo en el Derecho de las personas, distinguiendo entre la condicion privada y la política. Este es el órden seguido por Sir Mateo Hale y por Blackstone. Este trata en el primer libro de sus *Comentarios* de los derechos y deberes de las personas, no sólo como indivíduos privados, sino tambien en sus relaciones públicas, comprendiendo así en aquel una parte de lo que se llama Derecho público. Las personas políticas son las que comparten el poder soberano, como los ministros, los jueces, los magistrados y demás funcionarios; miéntras que las personas privadas comprenden principalmente las que tienen la condicion de marido ó mujer, padre ó hijo, amo ó criado, tutor ó menor.

En cuanto á las Constituciones políticas de las diferentes sociedades, pertenecen al Derecho público de cada Estado. Este es exclusivamente nacional por su carácter, y es por esen-

(1) «Publicum jus est quod ad statum rei Romanæ spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem.» I. 1, 1, 4.

(2) «Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.» Papinian, D. 2, 14, 38. Véase tambien el Código Civil francés, art. 6.º

cia distinto de la esfera de derecho que regula las mútuas relaciones entre Estados independientes.

Division del Derecho privado segun su contenido.—Nada ha dado orígen á tantas dificultades entre los jurisconsultos como la debida division del Derecho privado bajo el respecto de su contenido. Justiniano, en su Instituta, ha tratado del derecho de las personas, del derecho de las cosas, y del derecho de las acciones. Este sistema, aunque ha sido frecuentemente criticado, tiene ciertas ventajas, y no es la menor de ellas la de que se ha adoptado con tanta generalidad, que ha llegado á ser familiar entre los jurisconsultos en todas partes. Pero algunos de estos opinan que todo el cuerpo del Derecho privado debe dividirse en dos categorias: el derecho de las personas y el derecho de las cosas, debiendo considerarse las acciones, que son los medios que la ley concede para hacer efectivo nuestro derecho, al lado de las diferentes materias á que se refieren. En su *Análisis del Derecho*, Sir Mateo Hale, dice que, para que resulte mayor sencillez y claridad, el derecho de las cosas debe preceder al derecho de las personas, y este plan, aprobado por M. Austin, ha sido seguido por varios eminentes jurisconsultos, y es el órden del Código prusiano. Por otro lado, muchos escritores han seguido el órden trazado por Justiniano, tratando el derecho de las personas ántes del derecho de las cosas; en este caso se encuentran Blackstone, Sir Jorge, Mackenzie, Erskenè y Pothier, y este es, por último, el órden que se sigue en el Código Napoleon.

La equidad, en su verdadero sentido, es un término sinónimo de la justicia natural, y á ella debe apelar el juez cuando la ley guarda silencio y no hay otra norma que pueda servir de guia al fallar (1).

La equidad en Inglaterra.—En el sistema de la jurisprudencia inglesa, se distingue entre el *derecho comun* y la *equidad*. Pero la equidad, segun la entienden los jurisconsultos ingleses, es aquella parte del Derecho que exclusivamente se administra en los Tribunales de la Cancillería, á distincion de aquella otra parte que exclusivamente se administra en los

(1) Stair, 1, 1, 16.—Portalis: *Discours preliminaire du Projet de Code Civil.*

Tribunales de Derecho Comun. «La separacion del Derecho Comun de la Equidad», dice Lord Brongham, «es otra de las grandes peculiaridades de la jurisprudencia inglesa. Es probable que en su orígen se inventara para mitigar el rigor del Derecho positivo; pero el criterio que se concedió á los Tribunales de equidad, durante muchos siglos se ha ejercido en conformidad con reglas tan técnicas como las de la Jurisprudencia no escrita que es la guia de los Tribunales de Derecho Comun. Se definirán más exactamente los Tribunales de Equidad, diciendo que son los que tratan de cuestiones de derecho diferentes de las que competen á los Tribunales de Derecho Comun» (1).

Esta division en dos jurisdicciones no se funda en ninguna base inteligible y conduce á muchas anomalías. Hasta una fecha reciente, los Tribunales de Derecho Comun podian condenar á indemnizaciones de daños y perjuicios, pero no podian compeler al cumplimiento de los contratos, miéntras que los Tribunales de Equidad podian compeler al cumplimiento de contratos, pero no podian obligar á la indemnizacion cuando no se cumplian. Así que, si un litigante queria exigir daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato, ya por la comision de alguna injusticia, ya por que dejara de llenarse alguna obligacion, tenia que acudir á un tribunal de Derecho Comun. Por otro lado, si queria obligar al cumplimiento estricto del contrato, ó exigir cuentas á un fideicomisario (2), ó compeler al pago de un legado á un albacea, ú obtener un embargo, entónces debia acudir al Tribunal de Equidad (3). Con arreglo á leyes recientes, los Tribunales de Derecho Comun están autorizados para ordenar la entrega de las mercancías específicas cuya venta se ha contratado, ó bienes muebles (4) ilegalmente detenidos, sin dar al demandado la opcion á guardarlos, pagando los perjuicios segun tasacion; y en todos los casos en que se trata de la contravencion de lo contra-

(1) *British Constitution*, p. 353.
(2) El término *trustee*, que en el lenguaje comun significa apoderado, administrador, depositario, etc., en el rigurosamente jurídico no tiene traduccion exacta en nuestra lengua, porque, á diferencia del *fideicomisario*, el *trustee* se refiere á actos *inter vivos*. (N. del T.)
(3) *Compendium of English and Scotch Law*, p. 361.
(4) Más adelante se verá hasta qué punto corresponden los *chattels* á los bienes muebles. (N. del T.)

tado ó de otros daños en que tienen jurisdiccion, están tambien autorizados para expedir mandamientos á fin de impedir la repeticion ó continuacion de la contravencion del contrato ó del perjuicio; y por otro lado, los Tribunales de Equidad están autorizados en ciertos casos para conceder, si lo estiman justo, la indemnizacion de daños y perjuicios al lesionado en sustitucion del embargo ó además de él, ó el estricto cumplimiento del contrato (1). Pero, á pesar de estas mejoras, este doble sistema de judicatura produce muchos males, ocasionando grandes costas y demoras á los litigantes, que tienen que acudir con frecuencia á dos tribunales para alcanzar la reparacion de un solo agravio ó para arreglar una sola contienda (2).

En Escocia no existe esta division de Tribunales de Derecho Comun y de Equidad, sino que ambas jurisdicciones se combinan y son ejercidas por unos mismos tribunales, segun el sistema comun del Continente europeo.

IV.—Derecho internacional.

Entendemos por Derecho internacional (*jus inter gentes*) aquellas leyes que definen los derechos y prescriben los deberes de los Estados independientes en sus mútuas relaciones (3). Antes de entrar en materia no estará fuera de lugar hacer una pequeña explicacion de una rama de la jurisprudencia, llamada á veces Derecho internacional privado, que en los tiempos modernos ha adquirido gran importancia.

Derecho internacional privado.—El Derecho internacional privado tiene por objeto los conflictos entre el Derecho positivo de las diferentes naciones, y regula las contiendas entre particulares, que pueden ser súbditos de diferentes Estados ó de uno mismo.

Este ramo del Derecho tiene por objeto casos en que entien-

(1) *Common Law Procedure Act*, 1854 (17 & 18 Vict., c. 125), s. 78, 79 y 82; 19 y 20 Vict., c. 97, s. 2; 21 y 22 Vic., c. 27, s. 2.
(2) Una ley reciente ha modificado esta organizacion de los tribunales en Inglaterra en el sentido de la unificacion. (N. del T.)
(3) *Comentarios de Kent*, vol I, p. 1.

den los tribunales ordinarios. Determina ante el tribunal de qué país debe incoarse una demanda dada, y segun el derecho de qué país deberá fallarse. Los conflictos surgen, no sólo de ser distinto el Derecho segun los países, sino tambien de los diferentes sistemas de jurisprudencia que rigen en las distintas comarcas de un mismo Estado, y de ello es muy buen ejemplo el del Imperio Británico, el cual, aunque unido bajo un solo cetro, se rije por unas leyes en Inglaterra, por otras en Escocia y por otras en varias colonias y territorios dependientes del reino (1).

Es un principio fundamental que cada nacion posee y ejerce la exclusiva soberanía y jurisdiccion en su propio territorio. Por esto las leyes de cada Estado afectan y alcanzan á toda la propiedad mueble é inmueble dentro de su territorio, y á todas las personas residentes en él, sean naturales ó extranjeros. Por otro lado, ninguna nacion puede por medio de sus leyes regir á la propiedad que está fuera de su territorio, ni á las personas que no residen dentro del mismo, hayan ó no nacido en él. Hay casos frecuentes, sin embargo, en que, por un acuerdo de las naciones, un Estado independiente lleva á efecto las leyes y los acuerdos judiciales de otro, en cuanto esto pueda hacerse sin perjuicio de sus propias leyes y de los principios fundamentales y característtcos de su propia organizacion política. Un ejemplo familiar de esto son los contratos otorgados en un país extranjero, y que en él deben llevarse á cabo; los tribunales ingleses acostumbran á entender en ellos conforme á la legislacion del país en que se celebraron, con la salvedad de que aquel derecho no sea contrario á las instituciones de Inglaterra ni á la moral (2).

Derecho público internacional.—El Derecho público internacional es la verdadera ley que rige las mútuas relaciones entre los Estados independientes. Descansa principalmente en los principios del Derecho natural, que son tan obligatorios

---

(1) En el mismo caso se encuentra nuestro país á causa de la *legislacion foral.*
(N. del T.)

(2) Véase el *Conflict of Laws*, del Doctor Story, 5.ª ed., Boston, 1857; *Private International Law*, de Westlake, ó *Conflict of Laws*, con relacion á la práctica inglesa. Lóndres, 1858; *Traité du Droit International privé*, par M. Fœlix: 3d edition, revue par Charles Demangeat, Paris, 1856.

La obra más importante sobre esta materia es el *Tratado de Derecho Internacional* de Savigny, traducido al inglés por Guthrie, Edimburg, 1869.

para las naciones, en cuanto son entidades morales, como para los indivíduos; tambien en un sistema de instituciones positivas establecidas por medio de tratados y convenios; y en las costumbres de largo tiempo existentes en los pueblos civilizados.

Segun Grocio, este sistema de Derecho deriva su autoridad del consentimiento comun de las naciones, ó por lo ménos de muchas de ellas. Sin embargo, puede ponerse en duda si el derecho por que las naciones dicen que se gobiernan en sus mútuas relaciones, debe considerarse como un derecho positivo de institucion humana, ó tan sólo en un sentido figurado, puesto que carece de aquella sancion que es inseparable del derecho positivo propio de cada pueblo. En primer lugar, los Estados independientes no reconocen ningun superior que esté investido con una autoridad universal para dictar leyes positivas á las naciones como tales; y si ninguna nacion puede legislar para otra, tampoco cierto número de naciones tiene la facultad de dictar leyes que sean obligatorias para las demás, por lo ménos cuando se trata de cosas que en la esfera del derecho natural son indiferentes. En segundo lugar, como no hay ningun tribunal reconocido para terminar las contiendas entre las naciones, las reglas del Derecho internacional no se hacen efectivas judicialmente, y no hay un poder ejecutivo supremo que pueda obligar á su cumplimiento

Si todos los Estados de Europa se uniesen para formar un Código general de Derecho internacional, que fuera para todos ellos obligatorio, y se coaligasen en una federacion para llevarlo á cabo, podria aquel ser considerado como un Derecho positivo internacional para la Europa. Pero nunca se ha ensayado el llevar á cabo tal intento. Lo que más se acerca á una legislacion internacional semejante, son las reglas establecidas en los tratados por las grandes potencias de Europa, que obligan á las partes contratantes, pero no á los Estados que se niegan á aceptarlos.

Procurar el arreglo de las contiendas que surgen entre las naciones con arreglo á los principios de justicia, ántes que dejarlas al arbitrio ciego de la guerra, es el objeto primordial del Derecho internacional europeo. Cuando la guerra estalla,

regula los derechos y los deberes de los beligerantes y la conducta de los neutrales.

Como la parte débil del Derecho internacional es la falta de un poder ejecutivo supremo, los Estados pequeños están expuestos á grandes peligros en sus contiendas con vecinos poderosos. Pero el sistema político moderno que Europa sigue para mantener en el fiel la balanza del poder, constituye un fuerte baluarte contra las agresiones injustas. Cuando el poder de una gran potencia tiene su contrapeso en el de otra, la independencia de los Estados pequeños está hasta cierto punto asegurada enfrente de ambos, pues ninguna de las grandes potencias permitirá que su rival crezca en poderío mediante la conquista de los Estados pequeños.

Derechos de las naciones durante la paz.—La naturaleza ha establecido una igualdad perfecta de derechos entre los distintos Estados, y deben gozar de completa independencia y seguridad en su territorio. Es una consecuencia de la libertad y de la independencia de las naciones, el derecho que tienen de gobernarse como mejor estimen. Que ningun Estado, á ménos que no esté autorizado por tratados, tiene el derecho de mezclarse en los asuntos interiores de otro, es una regla general del Derecho internacional; pero en la práctica, en casos extremos, á veces ha sido este principio olvidado. Las controversias sobre quiénes han de ser los ministros responsables de la Corona, y segun qué principios de administracion deba regirse un país, son puntos puramente interiores, en que no tienen derecho á mezclarse las potencias extranjeras. Por este motivo, el Gobierno británico protestó contra la intervencion de Francia en los asuntos de España en 1823, que produjo la caida del Gobierno constitucional. Por otro lado, respecto de las cuestiones que han recaido sobre la sucesion al trono, se ha considerado siempre que afectaban á los intereses de los Estados extranjeros; y cuando han surgido, las potencias de Europa, segun lo exigian sus intereses, han creido que podian tomar en ellas una parte activa. En 1700 se consideró esencial á la seguridad de los demás Estados europeos, el impedir la union de las Coronas de Francia y España en una misma persona. De igual modo, por la cuádruple alianza de 1834 se unieron Francia é Inglaterra con España

y Portugal para arrojar de la Península Ibérica á los dos Infantes D. Cárlos y D. Miguel. Aunque se ha establecido por los escritores de Derecho internacional que, cuando la guerra civil alcanza cierta importancia en un país, cuando la nacion está dividida en dos ejércitos y en dos campos, las dos partes contendientes en semejante lucha pueden ser consideradas por las demás potencias como si fueran dos Estados distintos, siendo lícito á dichas potencias aliarse con uno ú otro de los beligerantes, segun lo pidan sus simpatías é intereses, como podrian hacerlo en una guerra entre Estados independientes; sin embargo, los casos en que semejante intervencion es justificable, son raros, y es mejor y más cuerdo dejar que cada nacion decida por sí las cuestiones que se refieren á sus intereses y á su organizacion interior (1).

Derechos durante la guerra.—El Derecho internacional autoriza á los Estados independientes á reivindicar sus derechos y reparar los agravios por medio de la guerra, cuando todos los pasos amistosos dados para llegar á un acuerdo han sido infructuosos (2). La guerra la define Vattel, diciendo que es «aquel estado de cosas que se produce cuando sostenemos nuestros derechos por medio de la fuerza (3).» Desgraciadamente son muchas las guerras que se han emprendido sin sombra siquiera de derecho, para llevar á cabo conquistas y para otros fines inadmisibles. Pero la guerra ha sido descrita como una interrupcion de todas las relaciones pacíficas y una lucha general en el terreno de la fuerza, autorizada por los poderes soberanos (4) Era ántes costumbre el hacer una declaracion de guerra al enemigo ántes de comenzar las hostilidades. Pero desde la paz de Versalles de 1763, tales declaraciones han caido en desuso, y la costumbre actual es que el Estado que empieza la guerra publique un manifiesto, anunciando el hecho, dentro de su territorio (5). Segun el doctor Wheaton, el principio moderno es que ni la propiedad del enemigo dentro del Estado beligerante, ni las sumas que se deben á sus súbditos, se confiscan al

(1) Despacho de Lord Palmerston de 5 de Abril de 1847.—Documentos parlamentarios.
(2) Martens: *Précis*, II, p. 203.
(3) Vattel, t. II, p. 1.
(4) Manning, p. 96.
(5) Kent, I, 54.

estallar la guerra, aunque la accion para obligar al pago de las deudas puede suspenderse hasta la proclamacion de la paz (1).

Una nacion puede legítimamente auxiliar á otra en una guerra justa, y lo que hace que una guerra sea justa con respecto á la nacion principal, hará que lo sea tambien con respecto á sus aliados.

Guerras civiles.—En las guerras civiles, á los vencidos se les niega á veces la consideracion de enemigos legítimos, y se los castiga como rebeldes. Pero esto es irregular, pues todos los publicistas están de acuerdo en que las leyes de la guerra, como se llaman, son las mismas para las civiles que para las extranjeras (2).

Leyes de la guerra.—Segun la opinion sostenida por Vattel, no se debia hacer al enemigo en tiempo de guerra más daño del absolutamente necesario para conseguir los fines de aquella. Si bien es cierto que la humanidad aún hoy tiene que horrorizarse con la matanza de hombres, el incendio de buques, el saqueo de las poblaciones, la desolacion de provincias enteras, y el extrago y la miseria á que están expuestos los contendientes de ambos lados, sin embargo, consuela el ver que, á pesar de estos inevitables horrores, las costumbres de las naciones modernas han impuesto límites á las violencias que caracterizaban las guerras antiguas. El asesinato, el uso del veneno en las armas, en los alimentos y en las aguas, y otras atrocidades semejantes, hoy dia se condenan universalmente como contrarias al Derecho internacional. Antiguamente los prisioneros se hacian esclavos de los conquistadores; en los tiempos de la Caballería era costumbre exigir rescate por los prisioneros; hoy todas las naciones cristianas los ponen en libertad, ya durante la guerra mediante el cange, ya al fin de ella sin pagar rescate alguno (3).

---

(1) Wheaton, 2, 18.
(2) M. Hallam dice: «No es fácil en la esfera del abstracto raciocinio tirar la línea entre la traicion que se castiga con justicia y el cisma social que sale de los límites del derecho; pero parece que la guerra civil de Inglaterra cae dentro de esta última clase.»—*Constitutional history*, vol. II, p. 82.—Lo mismo puede decirse de la prolongada guerra sostenida por España contra los Paises Bajos en 1566; de la guerra de la Gran Bretaña con sus Colonias americanas en 1774, y de la guerra reciente entre el Gobierno Federal y los Estados Confederados de América.
(3) Manning, p. 157.

Algunos escritores han afirmado, como regla general, que cuando se emprenden las hostilidades por tierra en país enemigo, «la propiedad privada no puede ser confiscada, con la excepcion del botin que en casos especiales se coge en los campos de batalla ó en plazas sitiadas, y las contribuciones militares que se exigen á los habitantes del territorio enemigo» (1). Pero esta práctica no ha sido siempre uniformemente observada. Cuando los ejércitos se encuentran en el territorio enemigo, toman generalmente todo lo que necesitan, y destruyen lo que no necesitan, con el único fin de la destruccion; y al llevar á cabo las operaciones necesarias de la guerra, se ocasionan destrozos inmensos, por los cuales los autores no dan compensacion alguna, con más de las contribuciones de guerra que se imponen á los habitantes de comarcas ocupadas por la fuerza de las armas. Además, aunque algunos Gobiernos pueden á veces vacilar ántes de adoptar un sistema de conducta tan violento, no debe olvidarse que el verdadero motivo de la inmunidad que ahora más que ántes se concede á la propiedad privada en territorio enemigo, procede del riesgo que se corre de que, al obrar así, se rodee al ejército invasor de más peligros, que no observando una conducta humana conciliadora.

En los tiempos modernos, los ancianos, las mujeres y los niños, y todos los súbditos que no toman parte en la guerra, quedan fuera del alcance de la fuerza. La comision de actos de hostilidad, salvo en los casos de propia defensa, sólo se permite á aquellos que están autorizados por el poder soberano, y todos los particulares que hacen la guerra sin tal autorizacion, en lugar de tener el privilegio de enemigos, se exponen á ser tratados como piratas ó merodeadores. Aun en el caso en que una contienda por mar ha empezado en defensa propia, las presas marítimas hechas por apresadores sin patente de corso pertenecen, no á ellos, sino á la Corona, mediante los derechos del Almirantazgo. El caso varía cuando se han espedido patentes de corso autorizando á los dueños de buques mercantes para apoderarse de las embarcaciones y cargamentos del enemigo (2).

---

(1) *International Law*, de Wheaton, p. 420.— *Select maritime cases*, por Tudor, p. 804.
(2) Manning. p. 153. Ibid. págs. 106-107.

En una exposicion presentada á Jorge II en 1753 por sir Jorge Lee, el doctor Paul, sir Dudley Ryder y M. Murray (despues lord Mansfield) encontramos la siguiente explicacion con respecto á los derechos marítimos de los beligerantes.

Derechos de los beligerantes en el mar.—«Cuando dos naciones están en guerra, tienen los unos el derecho de apresar los buques, las mercancías y los efectos de los otros en alta mar. Todo lo que sea propiedad del enemigo puede adquirirse por apresamiento en este caso; pero la propiedad de un país amigo no puede capturarse miéntras sea neutral.

Por esto el Derecho internacional ha establecido:

1.° Que las mercancías del enemigo que están á bordo de un buque amigo pueden apresarse.

2.° Que las mercancias lícitas de un amigo cogidas á bordo de un buque enemigo deben devolverse.

3.° Que el contrabando destinado al enemigo, aunque sea propiedad de un amigo, puede apresarse; porque al abastecer al enemigo le procura medios para sostener la guerra, y es un quebrantamiento de la neutralidad (1).»

Antes, cuando se apresaban buques y mercancías en alta mar, la posesion incontestable durante veinticuatro horas se consideraba suficiente para que fuera la presa propiedad del apresador. Ahora, la regla firmemente establecida en la Gran Bretaña, en Francia y en los Estados-Unidos, y generalmente adoptada en los demás países, es que no hay tal título de adquisicion hasta que no se haya declarado su validez por una sentencia del Tribunal de presas del país á que pertenezca el apresador (2). En ciertas circunstancias, el Tribunal del Almirantazgo inglés no reconoció la validez de las presas llevadas á un puerto neutral y vendidas allí (3).

En el caso de sentencias injustas, el Gobierno de la parte perjudicada puede pedir compensacion. El Gobierno británico pagó una indemnizacion á la Prusia en 1752 por hechos en

(1) *Collectanea Jurídica*, vol. 129-66. Estos principios fueron los adoptados por Lord Stowell y Sir Juan Nicholl en un documento dirigido á M. Jay, ministro de los Estados-Unidos en Paris, en Setiembre de 1794.
(2) Manning, p. 382. Wheaton, vol. II, p. 95-111.
(3) *Select Maritime cases*, por Tudor, p. 825.

que se habia cometido una injusticia de este género por sus tribunales (1).

Por el derecho de *postliminium*, las personas y los bienes vuelven á su estado primitivo cuando se recobran de poder del enemigo. En Inglaterra, la propiedad apresada en alta mar y despues recobrada, se devuelve á los dueños primitivos, prévio el pago del derecho de salvamento, por mucho que sea el tiempo que ha estado en poder del enemigo, y sin tomar en cuenta si ha sido ó no debidamente condenado. Como el derecho de *postliminium* sólo existe durante la guerra, con la paz desaparece la facultad de reclamar la propiedad apresada, haya entendido ó no en el asunto el Tribunal de presas.

Aunque el Derecho internacional tenga el carácter de regla general, puede, sin embargo, variarse ó prescindirse de él mediante mútuo acuerdo; y cuando por un convenio se introduce en él una alteracion ó modificacion, esta es ley entre las partes contratantes. Así se puede declarar en esta forma la inmunidad de las mercancías del enemigo á bordo del buque neutral.

El derecho de un beligerante á apoderarse de la propiedad del enemigo á bordo de un buque neutral, era un principio admitido en Derecho internacional, que remonta hasta la Edad Media, aunque en los tiempos modernos ha sido muchas veces combatido (2). Sobre este particular se suscitó una controversia entre la Gran Bretaña y la Prusia en 1752, y entónces fué cuando el ministro prusiano dió ocasion á la conocida exposicion de los juristas ingleses, que ántes hemos extractado. Durante la guerra que fué consecuencia de la Revolucion francesa, la controversia volvió á suscitarse y las potencias del Norte de Europa y los Estados-Unidos se unieron á la Francia para sostener que la bandera cubre la mercancía, exceptuando el contrabando; que no hay otro contrabando que el de armas y pertrechos de guerra, y que basta para impedir el registro que vayan convoyados por buques de guerra los neutrales (3). Pero la Gran Bretaña siempre se ha

(1) Manning, p. 383.
(2) Grocio, lib. III, c. VI, § 26.—Hautefeuille, t. III, p. 225.—Martens: *Précis*. t. II, p. 319.
(3) Thiers: *Histoire du Consulat et de l'Empire*, t,. II, p. 102—*North American Review*, t. XXVI, p. 211.

resistido á aceptar estos principios, considerándolos contrarios al Derecho internacional.

Declaracion de París de 16 *Abril de* 1856.—En esta declaracion hecha en el Congreso de París, que se reunió despues de la guerra de Crimea, se adoptaron cuatro principios de Derecho internacional: 1.° El corso queda abolido; 2.° La bandera neutral cubre la mercancía del enemigo, con la excepcion del contrabando de guerra; 3.° La mercancía neutral, á excepcion del contrabando de guerra, bajo bandera enemiga, no puede capturarse; 4.° Los bloqueos, para ser obligatorios, deben ser efectivos, es decir, deben mantenerse con fuerzas suficientes para impedir el acceso á la costa enemiga (1). Esta declaracion fué autorizada por los plenipotenciarios de los siete Estados que asistieron al Congreso, y se aceptó por cási todas las naciones del mundo. Pero los Estados-Unidos, España y Méjico no prestaron su asentimiento, oponiéndose á la abolicion del corso (2). En cuanto á estas potencias, el corso, es decir, el empleo de cruceros particulares, comisionados por el Estado, es un modo perfectamente legítimo de hacer la guerra (3). La Gran Bretaña y las demás potencias que accedieron á la declaracion dicha, están obligadas á abandonar el empleo de este medio en sus guerras. Pero si Inglaterra tuviera la desgracia de verse empeñada en una guerra con los Estados-Unidos, los ingleses no tendrian la obligacion de no servirse de corsarios, á ménos que los Estados-Unidos se comprometiesen á lo mismo.

Tocante á los otros tres artículos de la declaracion de París, el único punto nuevo concedido por la Gran Bretaña, es que la bandera neutral cubre la mercancía enemiga, ménos el contrabando. Esta era la doctrina de los Estados-Unidos y de todas las potencias marítimas, ménos Inglaterra, la cual, si hubiera persistido en mantener la opuesta, habria en caso de guerra corrido el riesgo de otra neutralidad armada; de manera que fué conveniente y político hacer esta concesion.

---

(1) Martens: *Précis*, t. II, p. 269.
(2) Exposicion al Emperador publicada en el *Moniteur* de Julio 1858.
(3) Prusia y los Estados-Unidos de América se comprometieron en 1785 á no conceder patentes de corso en el caso de estallar la guerra entre ellos; pero se suprimió este artículo en el tratado de 1799.—Véase Martens: *Précis*, t. II, p. 268, nota.

En tésis general, las mercancías de los neutrales á bordo de los buques enemigos no pueden ser apresadas (1), principio que se confirma en el tercer artículo de la declaracion. Con respecto al cuarto sobre bloqueos, tiene fuerza la observacion de M. Marcy, ministro Americano, quien dice en su despacho de 28 de Julio de 1856: «hace tiempo que esta regla ha dejado de considerarse como dudosa,» y «lo que hace es meramente reiterar una máxima ya indiscutible de Derecho marítimo.»

Para constituir una violacion de bloqueo, segun lord Stowell, «hay que probar tres cosas: primera, la existencia de un bloqueo efectivo; segunda, el conocimiento de la persona que se supone haber intentado romperlo; y tercera, algun acto de violacion, consistente en haber entrado ó salido con un cargamento puesto á bordo despues del principio del bloqueo (2).

No se permite que un buque neutral trafique con un puerto bloqueado por una de las potencias beligerantes, sea la que fuera la naturaleza del tráfico, y aunque el cargamento no sea contrabando. El objeto es privar al puerto bloqueado de todo comercio de exportacion ó importacion. Por esto, ni los súbditos ni los aliados del Estado que establece el bloqueo pueden violarlos (3). Si un buque ha entrado en un puerto ántes del bloqueo, tiene el derecho de salir con el cargamento con que entró, en lastre, ó con el cargamento tomado ántes de la notificacion del bloqueo. Debe tambien devolverse el buque, si la contravencion del bloqueo se ocasionó por una necesidad inevitable, como, por ejemplo, cuando ha tenido que entrar en el puerto bloqueado á causa del mal tiempo (4).

Reglas relativas al bloqueo.—Una simple declaracion de bloqueo de nada servirá, si no se mantiene mediante una fuerza naval suficiente para impedir que los buques entren y salgan del puerto. Además se debe poner en conocimiento de los neutrales la existencia de aquel, lo cual debe hacerse en el mismo sitio del bloqueo en caso de que llegue á él un buque cuyo capitan lo ignoraba. Despues de la declaracion del bloqueo,

---

(1) Wheaton, 162.—Kent, I, 120.
(2) 16 Rob. 93.
(3) 10 Moore, p. 6, 637.
(4) Tudor, p. 767.—Fortuna, 56 Rob. 27.

cualquiera tentativa que tenga por objeto entrar ó salir del puerto, se castiga con el apresamiento del buque, del cargamento ó de ambas cosas, no cesando la responsabilidad hasta la terminacion del viaje de retorno.

El decreto de Berlin de Noviembre de 1806, y el de Milan de Diciembre de 1807, declararon todos los dominios Británicos en estado de bloqueo, y todas las embarcaciones que intentaran traficar con ellos se exponian á ser capturadas por los buques franceses. No es dudosa la nulidad de aquellos decretos segun el Derecho internacional. El Gobierno Británico contestó declarando en estado de bloqueo á toda Francia y sus Estados tributarios. Todos estos decretos, que trataron de establecer un bloqueo escribiéndolo en el papel, hubiera ó no fuerza suficiente para llevarlo á efecto, eran igualmente contrarios al Derecho, pues ninguna violacion del Derecho internacional por parte de una potencia puede autorizar á otra á seguir semejante descamino, especialmente cuando la política seguida por ambos combatientes era un quebrantamiento flagrante de los derechos de los neutrales.

Reglas referentes al contrabando.—La libertad de comercio á que tienen derecho los Estados neutrales, no se extiende al contrabando de guerra; pero conforme á los principios establecidos en la declaracion de París de Abril 1856, ahora puede decirse «que un buque es en el mar una parte del territorio del país á que pertenece,» salvo el derecho que tiene el beligerante á registrarlo para averiguar si lleva contrabando. Lo que constituye el contrabando no se ha definido exactamente, ni los límites son absolutamente iguales para todas las potencias, pues hay variaciones que aparecen en ciertos tratados; pero, en tésis general, los beligerantes tienen el derecho de considerar como contrabando y de capturar todas las municiones de guerra y demás efectos que puedan directamente auxiliar á los fines de la guerra (1). Un buque neutral se compromete en un tráfico de contrabando, cuando lleva despachos oficiales de una persona al servicio del enemigo á las posesiones del mismo; pero se ha resuelto que no es ilegal el que un buque neutral

(1) Martens, *Précis*, t. II, p. 316.—Hautefeuille: *Droits et devoirs des nations neutres*, t. II. p. 337.—*The Jonge Margaretha*, 1 Rob. 189.

lleve despachos del enemigo á su embajador ó á su cónsul en un país neutral (1). La pena en que incurre el que lleva contrabando es la confiscacion del cargamento ilícito, y generalmente la del mismo buque. Hasta la parte del cargamento lícito se confisca, si pertenece al mismo dueño que el contrabando.

Vender armas, pertrechos militares ú otros efectos de contrabando á los agentes de una potencia beligerante en un país neutral, no está prohibido. Es preciso llevar tales efectos á un país enemigo para que constituya una ofensa al Derecho internacional. El canciller Kent explica esta opinion con claridad, y tiene en su apoyo fallos de los Tribunales norte-americanos, así como tambien la autoridad de otros escritores (2).

Cuestion del Trent.—El asunto del Trent, vapor-correo de las Indias Occidentales, dió lugar á una cuestion muy importante de legislacion marítima, que afectaba á los derechos de los neutrales. En Noviembre de 1861, el capitan Wilkes del vapor de guerra de los Estados-Unidos, *San Jacinto*, despues de tirar con bala rasa y bomba, abordó al correo Inglés *Trent* en el Canal Viejo de Bahama, que iba de la Habana á Southampton, y se llevó á la fuerza á los Sres. Mason y Slidell, dos comisionados de los Estados Confederados, que se habian embarcado en clase de pasajeros para Inglaterra. Los comisionados fueron trasportados á los Estados-Unidos, donde se los encarceló; pero despues de una reclamacion formal hecha por la Gran Bretaña, se declaró la captura ilegal y fueron devueltos por el Gobierno Federal.

Los escritores americanos trataron de defender la captura de los comisionados, alegando estas dos razones: primera, que los comisionados eran contrabando de guerra, y que, al llevarlos el *Trent*, se exponia á la confiscacion por una violacion de la neutralidad; segunda, que de todas maneras el capitan Wilkes estaba en su derecho al apoderarse de los comisionados, ya fueran enemigos, ya fueran rebeldes. Ambas proposiciones eran insostenibles.

En cuanto al primer punto, el Derecho internacional no re-

(1) *The Caroline*, 6 Rob. 465.—*The Madison*, Edw. 224.—*Law of nations*, de Polson, p. 63.
(2) *Comment., de Kent*, t. I, p. 142.—Wheaton: *Hist. of International Law*, p. 312.—Ortolan: *Regles internationales*, t. II, p. 156-9.

conoce como contrabando sino aquello que va *destinado á un puerto enemigo*. A ménos, por tanto, que se pretendiera que el verdadero destino del *Trent* era un puerto enemigo, y no un puerto inglés, la misma definicion del contrabando excluye la aplicacion del término á las mercancías ó á los pasajeros que habia á bordo de aquel buque. El *Trent* no estaba destinado á puerto alguno perteneciente á uno ú otro de los beligerantes; llevaba su cargamento y pasajeros de un país neutral á otro neutral.

Los despachos oficiales de un enemigo enviados en un buque neutral á un país neutral, no son contrabando; y los señores Mason y Slidell no podian considerarse de esa manera alegando el pretexto que eran portadores de tales despachos. Tampoco eran militares al servicio del enemigo, para que pudiera incluírseles en la categoría de aquellas personas que á veces se exponen á ser capturadas conforme á las estipulaciones que se encuentran en algunos tratados.

En cuanto al segundo punto, la captura de los comisionados, arrancados por la fuerza en un buque neutral, no puede justificarse, ya se les considere como enemigos, ya como rebeldes, porque el apoderarse de las personas de los beligerantes, siguiendo por analogía las reglas de la captura de las propiedades del enemigo, es una doctrina enteramente nueva en el Derecho internacional, y no hay precedentes que lo sancionen. El territorio neutral no puede violarse para ninguno de los fines de la guerra. Un buque en la mar es una parte del territorio del país á que pertenece, y con la excepcion del contrabando, la bandera cubre igualmente á las mercancías y á los pasajeros. Segun este sentido, que siempre ha sido sostenido firmemente por los mismos Estados-Unidos, los comisionados estaban bajo el amparo de la bandera británica, y el Gobierno federal carecia de jurisdiccion sobre ellos, ya fueran enemigos, ya rebeldes.

En un despacho luminoso enviado por el Gobierno francés al Gabinete de Washington, M. Thouvenel declaró que la captura de los comisionados en un buque neutral que navega de un puerto neutral á otro que tambien lo es, no sólo era contraria al Derecho internacional, sino que era una contravencion manifiesta de los principios que los Estados-Unidos habian sostenido constantemente. La Rusia, la Prusia y el Austria mostraron oficialmente su asentimiento á esta opinion.

Combatir bajo el punto de vista legal el imparcial y razonado despacho del ministro francés, era tarea inútil. En un notable documento diplomático, el Sr. Seward, Ministro de Estado de los Estados-Unidos, pretendió fundar la entrega ó devolucion de los comisionados en una razon puramente técnica, cual era el que no habia sido condenado el *Trent* por un Tribunal de presas; pero aparte de esta cuestion de forma, la captura no era defendible por sí misma, puesto que era una flagrante violacion del Derecho internacional; y si el señor Seward no quiso reconocer con franqueza, como debió hacerlo, el principio, debe tenerse cierta indulgencia con un hombre de Estado á quien embarazaba la actitud de su colega M. Welles, ministro de Marina, el cual aprobó por completo la conducta del capitan Wilkes, y más aún la imposibilidad de adoptar una política manifiestamente contraria á la opinion pública en los Estados del Norte.

Territorio neutral.—Ningun beligerante puede emprender operaciones militares ni efectuar apresamientos dentro de los límites de un territorio neutral por tierra ni por mar. Todo acto de violencia está prohibido, no sólo dentro de los puertos, sino tambien fuera de ellos, á una distancia de la costa que por costumbre reconocen las naciones como de la jurisdiccion del Estado neutral. Se consideraba ántes que esta se extendia hasta á tres millas de distancia de la playa, ó sea hasta donde podia llegar un tiro de cañon; pero en vista del mayor alcance de los proyectiles, es probable que se aumente la zona territorial marítima. Es deber del Gobierno, cuyo derecho se ha desconocido, exigir que todas las presas hechas dentro de los límites prescritos se devuelvan á sus legítimos dueños, con tal que pidan la proteccion inmediatamente. Algunos Estados neutrales acostumbran á dictar órdenes disponiendo que, cuando el buque de uno de los beligerantes ha salido de uno de sus puertos, ningun otro buque perteneciente al otro puede salir de aquel hasta que hayan pasado veinticuatro horas (1).

(1) Manning, p. 382.

Tratados.—Los tratados entre las naciones se llevan á cabo y autorizan por medio de plenipotenciarios; pero, segun la práctica moderna, semejantes tratados no se consideran obligatorios miéntras no se han ratificado con la firma y sello del Soberano de cada país.

Cuando se desea que un tratado no se haga público, se le llama secreto, y á veces algunos artículos que se añaden al tratado principal tienen este carácter. Además del tratado general de París de 30 de Marzo de 1856, en el cual era parte la Rusia, se hizo por separado una convencion entre Inglaterra, Francia y Austria para garantir la integridad de la Turquía, declarando que cualquiera violacion de su territorio por la Rusia, se consideraria por todas y cada una de las potencias contratantes como un *casus belli*. Probablemente habia la intencion de que esta convencion permaneciese secreta; pero habiendo el conde de Orloff conseguido una copia de ella en París, el Gobierno británico la presentó en el Parlamento con otros documentos oficiales.

Los tratados dejan de ser obligatorios: 1.° Cuando uno de los Estados contratantes pierde su independiencia ó se disuelve; 2.° Cuando voluntariamente cambia de Constitucion y el tratado se hace inaplicable á consecuencia del cambio de circunstancias; 3.° Cuando estalla la guerra entre las potencias contratantes; pero en este caso los artículos convenidos para el caso de ruptura quedan exceptuados, y por tanto, en vigor (1).

Por esto se acostumbra á renovar y confirmar en los tratados de paz los anteriores que han sido rotos ó revocados á consecuencia de la declaracion de guerra. Así los importantes tratados de Westfalia y de Utrecht repetidas veces han sido renovados y confirmados en los tratados de paz ó de comercio que despues han celebrado las mismas potencias (2).

Clasificacion de los agentes diplomáticos. — En los tiempos modernos hay cuatro clases de agentes diplomáticos en el órden siguiente: 1.° Embajadores, únicos ministros que se consideran como representantes de las personas de sus Soberanos,

(1) Martens: *Précis*, t. II, págs. 50 y 99.
(2) Ibid. t. I, p. 181.

y que tienen el tratamiento de excelencia; 2.° Enviados y ministros plenipotenciarios acreditados cerca de los Soberanos; 3.° Ministros residentes; 4.° Encargados de negocios, que son agentes acreditados tan sólo cerca del ministro de Negocios extranjeros (1).

Los cónsules, aunque constituyen una clase de funcionarios públicos utilísima en asuntos comerciales, no se incluyen en el cuerpo diplomático.

Segun los tratados de Viena de 19 Marzo 1815, la precedencia de los agentes diplomáticos se determina segun la prioridad de la fecha de la notificacion oficial de la llegada de cada uno á una córte dada, aparte de la concedida á los Nuncios del Papa en los Estados católicos (2). Para evitar discusiones enojosas acerca de la precedencia entre las naciones, el principio de la alternativa se ha adoptado con frecuencia. En el Congreso de Viena todos los tratados y notas públicas se firmaron siguiendo el órden alfabético en que, segun la lengua francesa, están colocadas las diferentes naciones.

(1) Martens: *Précis*, t. II, p. 98.
(2) Marteas: *Précis*, París, 1868, t. I, p. 167.

EXPOSICION

DEL

DERECHO ROMANO

COMPARADO EN ALGUNOS PUNTOS

CON EL FRANCES, EL INGLES Y EL ESCOCES.

PARTE PRIMERA

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS PERSONAS EN GENERAL

SUMARIO.=Personas y *status*.—Personas jurídicas.

Aunque los jurisconsultos Romanos del período clásico, que estaban muy imbuidos en la filosofía estóica, reconocian que todos los hombres son iguales por derecho natural, no olvidan el hacer notar las grandes diferencias que existen entre las varias clases de individúos, tanto respecto á su condicion social, como en lo relativo á su capacidad civil.

Persona y status.—En riguroso sentido legal, una *persona* es un sér dotado de cierto *status* y capaz de gozar de derechos civiles. Así, un esclavo, como era incapaz de derechos civiles, no se consideraba entre los Romanos como persona, sino como cosa; pero esta distincion no se observaba rigurosamente (1). Usábase el término *status* ó *caput* para denotar la capacidad civil, que variaba segun los diferentes individúos, y dependia de la existencia de ciertas cualidades, determinadas en parte por el Derecho público y en parte por el privado.

Los jurisconsultos Romanos dividian los hombres: 1.°, en libres y esclavos; 2.°, en ciudadanos y extranjeros; 3.°, en

---

(1) D. I. 5. 3. Gayo. En este pasaje se dividen las *personas* en libres y esclavas.

hombres que son independientes, *sui juris*, y otros que son *alieni juris*, es decir, que están sujetos al poder de otro, como los hijos bajo la pátria potestad y los esclavos bajo la del señor (1). La *manus*, mediante la cual una mujer casada estaba sujeta á la potestad marital, como si fuera una hija y no una esposa, y la *mancipatio*, que hacia entrar á un ciudadano libre bajo la potestad de otro, aunque de uso constante en el Derecho antiguo de Roma, habian desaparecido por completo ya ántes de Justiniano.

El matrimonio se consideraba en la Instituta en sus relaciones con la pátria potestad, porque ésta se origina naturalmente y por lo comun de la procreacion de los hijos habidos en un matrimonio legítimo. La tutela es una institucion creada para la proteccion de aquellos que no están bajo la pátria potestad, pero que se consideran inhábiles para cuidar de sus intereses. Por este motivo, la doctrina de la tutela y de la curatela se trataba como un apéndice á la teoría de la pátria potestad (2).

Personas jurídicas.—Como los derechos de las personas naturales puede decirse que mueren con ellas, los Romanos establecieron corporaciones para el progreso de la religion, de las letras y del comercio, y áun para el solaz y trato social, parecidas á los casinos modernos, y se consideró que seria beneficioso para el público mantener ciertos derechos en su integridad por un período indefinido, en lugar de consentir que caducasen con la muerte de los indivíduos de que en este ó en aquel tiempo pudiera componerse el cuerpo colegiado. Estas corporaciones, aunque aparezcan formadas de numerosos indivíduos, se consideran por la ley como una unidad ó una sola persona capaz de derechos. De esta clase de personas son las Universidades, los Cabildos catedrales, los Ayuntamientos y un inmenso número de sociedades religiosas y civiles, que son personas jurídicas artificiales, cada una de las cuales tiene sus propios bienes, derechos é inmunidades, gozando de lo que Blackstone llama «una especie de inmortalidad legal» (3).

(1) I. 1. 3.—D. 1. 5. *De statu hominum.*
(2) Marezoll, § 81.
(3) Marezoll, § 69.—Maynz, *Droit Romain*, § 108.—Blackstone, *Commentaries*, libro I, cap. 18.

CAPÍTULO II

DE LA CAPACIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS.

SUMARIO.—Diferencias en cuanto á la capacidad legal.—Sexo.—Nacimiento.—Edad.—Estado del espíritu.—*Status* civil.—Pérdida del *status*.

Diferencias en cuanto á la capacidad legal.—Todas las personas son capaces de derechos civiles, pero no todas en el mismo grado. Los indivíduos difieren unos de otros por sus cualidades naturales y sociales, por el sexo, por el nacimiento, por la edad, por el estado de su espíritu y por otras varias circunstancias, que son la base de privilegios particulares ó determinadas incapacidades. Las más importantes de estas distinciones son las siguientes:

Sexo.—El Derecho Romano ha concedido privilegios más extensos á los hombres que á las mujeres, no tanto para menoscabar la libertad del sexo femenino, como por tomar en cuenta su debilidad. Las mujeres no podian ser en Roma ma gistrados, jueces, ni abogados; no podian desempeñar ningun empleo público (1); estaban por largo tiempo en una especie de tutela perpétua; no se les permitia salir fiadoras de nadie, y hasta los últimos Emperadores no pudieron ser curadoras de sus propios hijos ó nietos. Algunas veces las penas impuestas á las mujeres eran ménos severas que las señaladas para los hombres (2).

Nacimiento.—Se considera que un niño ha nacido vivo si ha respirado despues de haberse separado del cuerpo de la madre. Algunos jurisconsultos antiguos han sostenido que era preciso que se hubiera oido llorar al niño; pero Justiniano re-

(1) D. 5. 17. 2.
(2) N. 143, cap. 9.

chazó esta opinion conformándose con la de los Sabinianos (1). Mediante una ficcion legal, un niño *in utero* se consideraba, en lo tocante á sus intereses patrimoniales, como si hubiera nacido. *Nasciturus pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur* (2). Por tanto, si uno moria dejando á la viuda embarazada, se reservaba una parte de la herencia al niño por nacer.

El nacimiento da lugar á la distincion entre hijos legítimos y bastardos. El hijo legítimo es el procreado por marido y mujer unidos en legítimo matrimonio; el bastardo era el nacido de una union ilegítima. Rigurosamente hablando, los hijos naturales eran los nacidos de concubina (3). Como el concubinato era una institucion legal en Roma, se miraba á éstos con más favor que á los demás hijos ilegítimos, llamados *spurii* ó vulgo *quæsiti*. Por regla general, los hijos legítimos siguen la condicion del padre, y los bastardos la de la madre. Todos los niños ilegítimos son *sui juris*, porque la ley no reconoce parentesco entre ellos y el padre, pero sí con la madre.

Edad.—La edad producia un efecto importantísimo en la capacidad legal. Tocante á los menores, el período de la incapacidad tiene un límite convencional. Segun el Derecho Romano se entraba en la mayor edad á los veinticinco años; todos los que no los tenian, eran menores. Se subdividian éstos en adultos, ó sea aquellos que habian llegado á la pubertad, y pupilos, es decir, los varones de ménos de catorce años y las hembras que no tenian doce. Todos los que tenian ménos de siete años eran infantes (4).

Los pupilos no podian contraer matrimonio ni hacer testamento. Esta doble incapacidad era absoluta y no podia desaparecer de modo alguno. En cuanto á los demás actos de la vida civil, los pupilos, aunque eran *sui juris*, no podian contraer obligaciones, ni enagenar bienes, y era necesaria la intervencion de un curador para dar validez á ciertos actos de administracion. Por el antiguo Derecho Romano, un menor,

(1) C. 6. 29. 3.
(2) D. 1. 5. 7.
(3) Aunque este es el sentido propio del término *hijos naturales*, esta expresion se usa á veces con aplicacion á los hijos procreados en matrimonio legítimo, en oposicion á hijos *adoptivos*.
(4) C. 6. 30. 18.

pubes, tenia ámplio poder para disponer de sus bienes; pero como estaba expuesto á ser engañado, tenia el privilegio de restitucion con arreglo al edicto del pretor despues de probada la lesion, y podia nombrarse un curador para que protegiera sus intereses. Como las limitaciones legales impuestas á la menor edad producian á veces inconvenientes, los varones de más de veinte años, y las hembras de más de diez y ocho, podian obtener del Emperador el privilegio llamado *venia ætatis*, que los colocaba en la misma condicion que tendrian á haber llegado á la mayor edad; pero quedaban sujetos á algunas restricciones en cuanto á la facultad de enagenar sus bienes.

La mayoría de edad tiene lugar en Francia (1) y en la Gran Bretaña á los veintiun años; en España á los veinticinco, ménos en Aragon que se verifica á los veinte. En Inglaterra, los menores de veintiun años no pueden disponer por testamento de los bienes reales ni de los personales (2). En Escocia un menor, *pubes*, puede disponer de los bienes personales por testamento, pero no de los reales, ni áun con el consentimiento de sus curadores.

En Roma, las personas que habian llegado á una edad avanzada estaban dispensadas de ciertos deberes y funciones públicas. Los hombres de más de setenta años podian eximirse de ser curadores.

Estado del espíritu.—La enfermedad del cuerpo raras veces afecta á la capacidad legal de las personas; pero la enfermedad del espíritu tiene consecuencias más importantes. La incapacidad absoluta puede originarse de la locura ó de un desarreglo mental. La ley de las Doce Tablas privaba á los dementes de la administracion de sus bienes y los ponia bajo curatela. Se considera á semejantes personas como sin voluntad propia, y, por consiguiente, son incapaces de contraer obligaciones ó de llevar á cabo acto alguno que tenga valor legal. Pero cuando la enagenacion mental es de carácter variable, los hechos efectuados durante los intervalos de lucidez tienen fuerza (3).

(1) *Code Civile*, art. 488.
(2) Esta division se aproxima á la de bienes muebles é inmuebles, pero no es la misma, como se verá más adelante. (N. del T.)
(3) Maynz, § 106.

Status civil.—A parte de estas peculiaridades y otras de carácter análogo que afectan á la capacidad legal de las personas, el *status* civil entre los Romanos se referia principalmente á tres cosas: la libertad, la ciudadanía y la familia. El *status libertatis* consistia en ser libre y no esclavo. Si además de libre se era ciudadano Romano, se gozaba del *status civitatis*. De esta cualidad dependia, no sólo el goce de los derechos políticos, sino tambien la capacidad de participar del *jus civile*. Finalmente, el *status familiæ* lo tenia un ciudadano perteneciente á cierta familia, y era, por lo mismo, capaz de gozar de ciertos derechos, de que sólo los indivíduos de aquélla, en su cualidad de agnados, podian participar (1).

Pérdida del status—Si un *status* existente se perdia ó mudaba, la persona padecia lo que se llamaba una *capitis diminutio*, que destruia enteramente ó en ciertos límites su primitiva capacidad legal. Hay tres cambios de estado ó condicion, que llevan consigo consecuencias diferentes, llamados *capitis diminutio máxima, media y mínima*. La mayor envuelve la pérdida de la libertad, de la ciudadanía y de la familia, y tenia lugar cuando un ciudadano Romano caia prisionero de guerra ó era condenado á la esclavitud como pena. Pero si un ciudadano capturado por el enemigo volvia de su cautiverio, se le restituian todos sus derechos civiles *jurepostliminii*.

El segundo cambio de estado consistia en la pérdida de la ciudadanía y de los derechos de familia, pero no de la libertad personal, y esto tenia lugar cuando un ciudadano se hacia súbdito de otro Estado, se le negaba el uso del fuego y del agua, obligándole á abandonar el territorio Romano, ó, durante el Imperio, cuando se le condenaba á la deportacion.

Finalmente, cuando una persona dejaba de pertenecer á cierta familia sin perder su libertad ni su ciudadanía, se decia que padecia el último cambio de estado; como, por ejemplo, cuando uno que era *sui juris* entraba bajo la potestad de otro por arrogacion, ó cuando un hijo que estaba bajo la *patria potestas* era emancipado legalmente por su padre (2).

---

(1) Marezoll, § 67.
(2) I. 1. 16.—D. 4. 5.

CAPÍTULO III.

CIUDADANOS Y EXTRANJÉROS.

SUMARIO.=I. Derecho Romano.—Ciudadanos Romanos.—Condicion de los ex-
tranjeros.—Extension de la ciudadanía á toda la Italia. *Jus Latii.*—Constitu-
cion de Caracalla.—Cómo se adquiria la ciudadanía.—Cómo se perdia.—Dis-
tinciones personales; nobles.—Títulos honoríficos en tiempo de Constantino.—
Honor civil.—De la religion en su relacion con los derechos civiles.=II. De
los derechos civiles segun el Código francés.—Antes de 1789 no habia
igualdad de derechos civiles.—Igualdad de derechos civiles con arreglo al
Código.—Quiénes son tenidos por súbditos franceses.—Derechos de los extran-
jeros en Francia.=III. Derecho británico sobre los súbditos y los ex-
tranjeros.—Súbditos británicos.—Derechos de los extranjeros en la Gran Bre-
taña.—Modo de obtenerse la naturalizacion.—Distintas opiniones acerca de la
fidelidad.=IV. Derecho español.—Quiénes son españoles.—Condicion de los
extranjeros.

Ciudadanos Romanos.—En los tiempos primitivos de Roma, no sólo no se admitia á los extranjeros al goce de los derechos de ciudadanía, sino que hasta los plebeyos estuvieron durante mucho tiempo privados de muchos de los privilegios que gozaban los patricios. Savigny (1) dice: «En la República libre habia dos clases de ciudadanos Romanos: una que tenia participacion en el poder y otra que no la tenia. Lo que particularmente distinguia á la clase más elevada era el derecho de votar en una tribu, y la capacidad para el desempeño de las magistraturas.» Segun esta opinion, aquellos que tenian voto en las elecciones públicas y acceso á los cargos del Estado, eran completos ciudadanos, *cives optimo jure*, miéntras que los que tenian los derechos civiles de los Romanos, sin gozar de aquellos privilegios políticos, eran ciudadanos de una clase inferior.

---

(1) Geschichte des Röm. Rechts. in Mittelalter, c. 2, p. 22.

La ciudadanía, en su sentido ámplio, abraza los derechos políticos y los civiles. Bajo el primer aspecto compréndese particularmente el derecho de votar en los *comicios* y la capacidad de desempeñar las magistraturas, *jus suffragii et honorum*. Sin embargo, no se consideraba que los derechos políticos constituyesen la esencia de la ciudadanía; así que no gozaban de estos derechos muchos de los súbditos de Roma, libres por nacimiento, como los *ærarii* y los inscritos en las tablas de los *Cærites*. Lo que distinguia esencialmente al ciudadano Romano era el goce de los derechos civiles: *connubium* y *commercium*. En virtud del *connubium*, el ciudadano podia contraer un matrimonio válido segun el *jus civile*, y adquirir los derechos que de él se derivaban, particularmente la pátria potestad y el parentesco civil llamado agnacion, que durante mucho tiempo era condicion necesaria para poder adquirir por sucesion la propiedad de las personas que morian intestadas. En virtud del *commercium* podia adquirir y disponer de la propiedad de todas clases, segun las formas y con los privilegios peculiares del Derecho Romano.

Por la ley Porcia: *De capite et tergo civium* (a. de J. 256), un ciudadano Romano no podia ser azotado ni condenado á muerte sin ser juzgado en los Comicios por centurias; de suerte que su persona era en cierto modo sagrada (Liv-X-9.) De esto tenemos un notable ejemplo en la historia de San Pablo, el cual preguntó al Centurion: «¿Es lícito azotar á un hombre que es Romano y que no ha sido sentenciado?»—Cuando el Centurion oyó esto, dirigiéndose á su jefe le dijo: «Cuidado con lo que haceis, porque este hombre es Romano.» (Actos de los Apóstoles, XXII, 25-26). Para eludir la ley Porcia, se introdujo una ficcion sutil, mediante la cual el criminal condenado se hacia desde el momento de dictarse la sentencia esclavo de la pena, *servus pœnæ*, y así dejaba de considerársele como ciudadano Romano.

Condicion de los extranjeros.—Los extranjeros, *peregrini*, no tenian derechos políticos ni civiles. No podian adquirir de derechos mediante el *jus civile*, ni implorar la proteccion que prestaba éste á los ciudadanos. Se les concedia sólo el beneficio de lo que se llamaba el *jus gentium*, ó sea los principios naturales de equidad que son comunes á todas las naciones. Sus matrimonios eran válidos, pero no producian los mismos efectos que los de los Romanos. Podian contraer obligaciones y adquirir bienes; pero estaban privados de la absoluta y eficaz proteccion garantizada por el *jus quiritium*. Originalmente, el extranjero no podia obtener proteccion á ménos de constituirse bajo el patrocinio de un ciudadano. Pero en proporcion que iba aumentando el comercio con los extranjeros, se adoptaba una política más liberal, y hácia fines del quinto siglo de Roma se estableció un tribunal especial para administrar justicia á los extranjeros. A veces se concedia á éstos el *connubium* ó el *commercium*; pero éstas eran medidas excepcionales contrarias al derecho comun.

Antiguamente los Romanos dividian las personas libres en ciudadanos y extranjeros, *cives et peregrini;* pero hácia fines de la República surgió una clase intermedia de personas, que tenia una ciudadanía limitada, con el nombre de *latini*, que gozaban el *commercium* sin los derechos que se derivaban del *connubium*.

Extension de la ciudadanía á toda la Italia. Jus Latii.—Durante el período más floreciente de la República, cuando el territorio Romano se habia extendido tanto por medio de sus grandes conquistas, tratados y alianzas, un sin número de nuevos súbditos y aliados aspiraron á participar de los privilegios de la ciudadanía, á la cual se daba una gran importancia. Por no haberse accedido á cierta pretension, se produjo la guerra social (a. de J. 90), al fin de la cual la ciudadanía Romana se otorgó, no sólo á los habitantes del *Latium*, sino á toda la Italia. Despues de este cambio, el término *jus Latii* se usaba por los jurisconsultos para denominar una clase artificial de personas que ocupaban una posicion intermedia entre los ciudadanos y los extranjeros, en tanto que gozaban del *commercium*, pero no del *connubium*. Esta division de *cives*, *latini* y *peregrini* subsistió por mucho tiempo.

Cuando la República libre degeneró en una Monarquía pura, la ciudadanía perdió muchos de sus atractivos. La adquisicion de derechos civiles se hizo más y más fácil. El *jus Latii* se otorgaba á comarcas enteras, de lo cual es un ejemplo la concesion hecha á España por Vespasiano.

Constitucion de Caracalla.—La misma ciudadanía que ha-

bian conquistado los aliados de Italia á costa de su sangre, se prodigó con extremada facilidad. Algunos Emperadores convirtieron en fuente de tributacion estas concesiones, y se cuenta que Marco Aurelio la concedia á todos cuantos la pedian. Finalmente, Caracalla otorgó la ciudadanía á todos los súbditos libres del Imperio Romano. Al tomar semejante determinacion, no le movia una idea elevada, y sí la codicia, pues por aquel medio imponia á todos los súbditos del Imperio una contribucion de 5 por 100 sobre las sucesiones (*vicesima hæreditatum*), la cual sólo podia exigirse á los ciudadanos Romanos (1).

Vamos ahora á explicar brevemente cómo se adquiria y cómo se perdia el derecho de ciudadanía.

Cómo se adquiria la ciudadanía.—La ciudadanía se adquiria: 1.° Por nacimiento. El hijo habido en un matrimonio legítimo seguia la condicion del padre, y se hacia ciudadano si el padre lo era al tiempo de la concepcion. Si el hijo no procedia de *justæ nuptiæ*, seguia la condicion que tuviera la madre al tiempo del nacimiento de aquel. 2.° Por la manumision, verificada conforme á las formalidades prescritas por la ley, el esclavo de un ciudadano Romano se hacia ciudadano. Esta regla se modificó por las leyes *Ælia Sentia* y *Junia Norbana*, segun las cuales, en ciertos casos, el liberto adquiria el estado de extranjero, *peregrinus dedititius*, ó de latino, *Latinus Junianus*. Justiniano restableció el antiguo principio en virtud del cual todo esclavo, debidamente manumitido, se hacia de pleno derecho ciudadano Romano. 3.° El derecho de ciudadanía se concedia muchas veces como una gracia, ya á toda una comunidad ó á un indivíduo, por el pueblo ó por el Senado durante la República, y por el príncipe reinante durante el Imperio. Esto era equivalente á lo que ahora se llama naturalizacion.

Cómo se perdia.—La ciudadanía se perdia: 1.°, por la pérdida de la libertad; como, por ejemplo, cuando un Romano era hecho prisionero de guerra; 2.°, por la renuncia del carácter de ciudadano Romano, que sucedia cuando alguno era admitido como ciudadano de otro Estado; 3.°, á consecuencia de una sentencia de deportacion ó de destierro en castigo de algun crímen (1).

(1) Caracalla elevó este impuesto á un 10 por 100, pero su sucesor lo rebajó al tipo antiguo. Dion. Cassio, 77. 9.—Maynz, § 54.

Distinciones personales; nobles.—El nacimiento y la riqueza son los dos orígenes de las distinciones personales. La primitiva aristocracia de Roma estaba constituida por los patricios que descendian de las más antiguas é ilustres familias. Cuando los plebeyos llegaron á ser elegibles hasta para los destinos más elevados del Estado, los dos órdenes se igualaron bajo el respecto de la capacidad política. Todo ciudadano, fuera patricio ó plebeyo, que habia llegado á desempeñar una magistratura curul, desde la de edil en adelante, adquiria una distincion personal, que era transmisible á sus descendientes, los cuales formaban una clase llamada *nobiles*, hombres conocidos, para distinguirlos de los *ignobiles*, ó gente no conocida. «El carácter de la nobleza,» dice Middleton, «se derivaba enteramente de las magistraturas curules que algun miembro de la familia habia desempeñado, y aquellas que podian ostentar el mayor número de indivíduos de esta condicion, se consideraban como las más nobles; así que muchos plebeyos sobrepujaron á los mismos patricios en punto á nobleza (2).»

Los nobles no tenian, como clase, privilegios, fuera de la distincion heráldica, establecida por la costumbre, de las *imagines majorum*, es decir, caretas de cera ó bustos de los antepasados muertos que habian desempeñado un cargo curul. Estas *imagines*, en las que estaban inscritos los nombres y honores del finado, se colocaban en el átrio. En los dias festivos se ponian sobre las caretas de cera coronas frescas de laurel, y en los grandes funerales se sacaban por hombres que se parecian á los finados en talla y figura, los cuales marchaban unidos en solemne procesion, y toda la série de antepasados desfilaba por delante del cádaver, representando cada cual una persona, que vestia el trage de la época respectiva (1). Un plebeyo que por primera vez alcanzaba la dignidad curul, haciéndose así el fundador de una familia noble, se lla-

(1) Marezoll, § 74.
(2) Lite of Cicero, vol. I, p. 123, nota.

maba entre los Romanos *novus homo*, frase que se aplicó á Ciceron. Semejante persona no podia tener *imagines* de sí mismo ni de sus mayores, porque esto no era posible hasta despues de la muerte del primer indivíduo de la familia que habia desempeñado la magistratura curul.

Títulos honoríficos en tiempo de Constantino.—Ya hemos hablado de los numerosos títulos de nobleza que se crearon en el Bajo Imperio, y de los cuales se derivan algunos de los que ahora se usan, como los de Duque y Conde.

Honor civil.—Se necesitaba una reputacion sin mancilla para que un ciudadano Romano pudiera ejercer sus derechos en toda su plenitud (2). El honor civil se extinguia por completo con la pérdida de la libertad ó de la ciudadanía, como, por ejemplo, cuando se negaba á uno el uso del fuego y del agua. Sin perder la libertad ó la ciudadanía, un ciudadano Romano podria ser privado de algunos derechos á consecuencia de actos ignominiosos. Las personas convictas de ciertos crímenes y aquellos que se dedicaban á oficios deshonrosos, se declaraban por la ley infames, y se les imponian importantes restricciones en el órden civil. Se les privaba de los derechos políticos, no permitiéndoseles ni el sufragio, ni el acceso á los cargos públicos, y eran sometidos á varias incapacidades hasta con relacion á sus derechos privados. La infamia resultaba de la condenacion en un *judicium publicum*; de ser penado por ciertos delitos, como el robo, el hurto, el perjurio ó la defraudacion; de haberse presentado ante el público como cómico ó gladiador; de haber sido expulsado ignominiosamente del ejército; de haber vivido de la prostitucion y de otras ocupaciones degradantes, y de otros varios hechos que revelaban la pérdida de todo sentido moral (3).

Los censores tenian autoridad, como inspectores de la moral pública, para privar á los senadores de su dignidad, para excluir á los caballeros del órden ecuestre, y para despojar á un ciudadano de todos sus derechos políticos clasificándole entre

(1) Becker: *Gallus*, traducido por Metcalfe, p. 512.
(2) «Existimatio est dignitatis illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur, aut consumitur.»—D. 50. 13. 5. 1.
(3) D. 3. 2.—C. 2. 12.

los *ærarii*. Los censores podian tambien poner una *nota censoria* al márgen de cualquiera de los nombres inscritos en el censo de ciudadanos, y esto podia hacerlo bajo su propia responsabilidad sin prévias y especiales indagaciones, aunque por lo general obraban en conformidad con la opinion pública. La *nota censoria* no producia efecto sino miéntras duraba la magistratura del censor que la habia impuesto. En este particular se diferenciaba esencialmente de la infamia, que era perpétua, á ménos que se quitase el baldon por autoridad del pueblo ó del Emperador (1).

De la Religion en su relacion con los derechos civiles.—Antiguamente, cuando todos los Romanos pertenecian al mismo culto pagano, la religion no podia ocasionar diferencias en el goce de derechos civiles. Bajo los Emperadores cristianos, los herejes y apóstatas, así como los paganos y los judíos, estaban sometidos á restricciones vejatorias, sobre todo en lo tocante á su capacidad para heredar y testar. Sólo los cristianos ortodoxos, que acataban las decisiones de los cuatro Concilios ecuménicos, tenian el pleno goce de sus derechos civiles (2).

II.—De los derechos civiles segun el código francés.

Antes de 1789 no habia igualdad de derechos civiles.—En Francia, ántes de 1789, habia muchos franceses que no gozaban de derechos civiles, y otros que los tenian imperfectos y desiguales. Los siervos eran numerosos, los judíos nacidos en el país se consideraban como extranjeros, las personas consagradas á la vida monacal se suponian muertas civilmente, y los protestantes eran excluidos de todo empleo público. Los derechos de los demás franceses variaban segun la clase á que pertenecian, esto es, al clero, á la nobleza, al ejército, á la judicatura, á la administracion económica ó á cualquiera otra esfera de la administracion pública. Sobre la clase social, llamada

(1) Maynz, § 105.
(2) Marezoll, § 77.—Maynz, § 106.

le tiers état ó *roturiers*, pesaban cargas muy onerosas, de que el clero y la nobleza estaban enteramente exentos, sin tener por otra parte participacion alguna en las prerogativas de estas clases privilegiadas. El haber nacido ó el haberse domiciliado en alguno de los países de *Derecho escrito*, en los cuales predominaba la Jurisprudencia Romana, ó en uno de *Derecho consuetudinario*, entre los cuales habia diferencia de comarca á comarca, de provincia á provincia, en cuanto á sus usos y costumbres, era otro manantial inagotable de diversidad en el goce de los derechos civiles. La propiedad se regia de un modo tan vário como las personas. La desigualdad alcanzaba así al territorio como á los indivíduos, y trascendia á todos los actos de la vida social.

Igualdad de derechos civiles con arreglo al Código.—Las castas privilegiadas y los derechos exclusivos recibieron el golpe de muerte de manos de la Revolucion. La ley de 24 Diciembre de 1789 elevó á todos los franceses que no eran católicos á la condicion de ciudadanos; la del 15 de Marzo de 1790 emancipó á todos los siervos; la del 27 de Setiembre de 1791 dió carta de naturaleza á los judíos. Poco despues se reconoció á las personas consagradas á la vida religiosa, como frailes y monjas, los derechos y deberes de la vida civil (1). Finalmente, el Código estableció la igualdad de derechos civiles entre todos los franceses, declarando: 1.° El ejercicio de los derechos civiles es independiente de la cualidad de ciudadano, la cual sólo puede adquirirse y conservarse en conformidad con la ley constitucional; 2.° Todo francés goza de los derechos civiles (2).

Quiénes son tenidos por súbditos franceses.—En Francia, los hijos legítimos, donde quiera que hayan nacido, se consideran miembros del Estado á que pertenecian sus padres al tiempo de su nacimiento; pero, si lo prefieren, pueden elegir la nacionalidad del lugar de su nacimiento. El nacido en Francia de padres extranjeros, puede, dentro del año despues de haber llegado á la mayoría de edad, reclamar la condicion de francés, y si entónces no estuviera en Francia, debe manifes-

(1) Paillet: *Manuel du Droit Français*, 8.ª ed., p. 8, nota.
(2) *Code Civil*, art. 7, 8.

tar su intencion de establecer allí su residencia y fijar su domicilio dentro de un año, á contar desde el dia en que hizo esta declaracion (1).

Algunos Estados han adoptado el principio de una completa reciprocidad, tratando á los extranjeros de la misma manera que sus súbditos lo son en los países á que pertenezcan (2) aquellos. Otros Estados consideran ciertos derechos como absolutamente inherentes á la cualidad de ciudadano; así que excluyen de su goce á los extranjeros. La Gran Bretaña no permite que los extranjeros adquieran bienes reales sino á condicion de que no los han de poseer por más de veintiun años.

Derechos de los extranjeros en Francia.—En Francia un extranjero tiene los mismos derechos civiles que los tratados de la nacion á que él pertenece conceden á los franceses. Además, el extranjero que ha obtenido del Soberano permiso para establecer su domicilio en Francia, miéntras resida en ella disfruta de todos los derechos civiles. El *droit d'aubaine*, ó derecho de heredar todos los bienes de un extranjero, que ántes reclamaba la Corona de Francia, se abrogó por la ley de 14 de Julio de 1819, de manera que los extranjeros gozan de iguales derechos que los franceses en punto á sucesion hereditaria. Un extranjero puede comprar y poseer bienes raíces en Francia sin permiso de la Corona ni del poder legislativo (3).

(1) *Code Civil*, art. 9, 10.

(2) El principio de la reciprocidad no puede invocarse en Francia por los extranjeros en asuntos criminales. Aunque un francés procesado en Inglaterra puede pedir la constitucion de un jurado, la mitad de cuyos indivíduos han de ser compatriotas suyos (*a*), un inglés no tiene en Francia semejante privilegio. Los extranjeros en Francia tienen derecho de propiedad sobre sus obras literarias, y pueden obtener privilegios de invencion; no pueden ser tutores de franceses, ni desempeñar cargos públicos, ni ejercer funciones eclesiásticas sin la vénia del Gobierno, ni ejercer la abogacía, ni publicar un periódico, y los extranjeros residentes dentro ó fuera de Francia no pueden quejarse del uso fraudulento que un francés pueda hacer de su marca de fábrica.—*Les Codes annotées* de Sirey, vol I, p. 59 y sig., ed. de 1867, por P. Gilbert.

(3) Paillet, *Manuel du Droit Français*, 8.ª ed., p. 10.

(*a*) Por una ley de 1870 han perdido este derecho los extranjeros en Inglaterra. (N. del T.)

III.—Derecho británico sobre los súbditos y los extranjeros.

Súbditos británicos.—Segun el Derecho inglés, toda persona nacida en los dominios británicos, es decir, dentro del Reino-Unido, ó en los territorios que á él pertenecen, ya sean sus padres naturales, ya extranjeros, son tenidos como súbditos británicos por nacimiento. Además, todos los nacidos en el extranjero, cuyos padres ó cuyos abuelos, por la línea paterna, eran naturales del Reino-Unido, se consideran tambien como súbditos naturales, á ménos que dichos antecesores estén al tiempo del nacimiento de sus descendientes convictos de traicion ó pendientes de una acusacion por este delito. Toda persona nacida en el extranjero de madre británica, puede tener bienes reales y personales en el Reino-Unido, y si una extranjera se casa con un súbdito inglés, aquella queda naturalizada *ipso facto* (1).

Derechos de los extranjeros en la Gran Bretaña.—Un súbdito extranjero de un país amigo puede adquirir toda clase de bienes *personales*, ménos *chattels* reales y buques, con efectos tan cumplidos y eficaces como cualquiera súbdito; puede tambien poseer tierras y casas para residir ó trabajar en ellas por un período que no ha de exceder de veintiun años (2).

El derecho de asilo concedido á los refugiados políticos no es incompatible con la extradicion de criminales. Mediante este principio, la Gran Bretaña ha celebrado tratados con Francia y los Estados-Unidos de América para la entrega mútua de las personas acusadas de delitos de asesinato, piratería, incendio y falsificacion de firmas, cometidos dentro de la jurisdiccion de cualquiera de los Estados contratantes (3).

---

(1) Stephen: *Commentaries of the Laws of England*, 4.ª ed., vol. II, p. 413.—7 y 8 Vict. c. 66, s. 3, 17.

(2) 7 y 8 Victoria, c. 66, s. 4, 5.

(3) Tratado con Francia de 1843; con los Estados-Unidos de 1842 (*a*).

(*a*) Por la Ley de 1.º de Agosto de 1870 (33 y 34, Victoria, c. 52) se determinan las nuevas reglas á que ha de sujetarse la extradicion de criminales; y recientemente Inglaterra ha celebrado tratados con Alemania, Bélgica, Italia, etc. (N. del T.)

Modo de obtener la naturalizacion.—Antes no se podia obtener la naturalizacion sino mediante un acta del Parlamento. Pero ahora la naturalizacion se concede por órden de uno de los Ministros, tomándose á seguida el juramento de fidelidad. La concesion de esta carta de naturalizacion es discrecional, y se consignan en ella ciertas excepciones, como la de no poder el agraciado llegar á ser indivíduo del Consejo Privado del Monarca ni de ninguna de las dos Cámaras del Parlamento, y puede dejarse de otorgarle otros derechos y prerogativas de los que tienen los súbditos británicos.

Como la naturalizacion lleva consigo la adquisicion de una nueva nacionalidad, debe acompañar á la misma la pérdida de la antigua. En principio, nadie debe ser ciudadano de dos naciones á la vez, porque, caso de una guerra entre ellas, se veria en un conflicto al encontrarse con deberes y obligaciones procedentes de la sumision á dos poderes. Sin embargo, por una contradiccion singular, algunos de los Estados que con más facilidad conceden á los extranjeros el título de ciudadanos exigen con más rigor la perpétua fidelidad de sus propios súbditos.

Distintas opiniones acerca de la fidelidad.—En la Gran Bretaña, asi como en los Estados-Unidos, la fidelidad ó sumision al país natal se considera como una obligacion permanente, ó al ménos que no puede renunciarse ni desatarse sin el consentimiento mútuo del soberano y del súbdito (1). Segun hemos visto más arriba, en virtud de una doctrina opuesta á ésta la nacionalidad era libremente escogida por una persona conforme al Derecho Romano, y el Código francés adopta el mismo principio, declarando que el carácter de súbdito francés se pierde por la naturalizacion extranjera, por el hecho de aceptar destinos de un Gobierno extraño, sin la autorizacion del soberano de Francia, y por domiciliarse en el extranjero con la intencion de no volver al país natal, salvo que se haga esto para fines comerciales (2).

---

(1) Westlake, *Private International Law*, p. 21.—Kent, *Commentaries on American Law*, 10.ª ed., p. 10.

(2) *Code Civil*, art. 17.

Iguales reglas se siguen en varios Estados del Continente (1).

IV.—Derecho español.

Quiénes son españoles.—Lo son: 1.° todas las personas nacidas en territorio español; 2.° los hijos de padre ó madre españoles, que hayan nacido fuera de España; 3.° los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza; y 4.° los que, sin ella, hayan ganado vecindad en cualquier pueblo del territorio español.

Condicion de los extranjeros.—Es de notar que, miéntras en los más de los pueblos cultos no han alcanzado los extranjeros el reconocimiento de su derecho hasta los tiempos actuales, dos leyes del *Fuero Real*, siglo XIII, se lo garantizaban en España; esto es, cuando el derecho de *aubaine* ó albanaje existia en otros países en todo su vigor. Hoy puede decirse que los únicos derechos de que están excluidos en nuestra pátria son los políticos. La amplitud en los que disfrutan depende de que tengan la condicion de *domiciliados* ó de *transeuntes*.

Legislacion foral.—El derecho especial de Cataluña, Aragon, Navarra y Vizcaya establece la distincion de naturales y extranjeros, la cual tiene efecto y trascendencia para saber á quiénes alcanza el derecho propio de estas provincias.

---

(1) Con posterioridad á la publicacion de este libro, se ha dictado la Ley de 12 de Mayo de 1870 (33 Victoria, ch. 14) sobre la condicion legal de los extranjeros y de los súbditos británicos. Se autoriza á aquéllos para adquirir propiedad mueble é inmueble, pero no buques, y se les retira el derecho á ser juzgados por un jurado *medietatæ linguæ*, debiendo serlo como los ciudadanos británicos; todo el que se haya hecho súbdito británico por naturalizacion puede recobrar su primitiva nacionalidad; se determina la manera de adquirir y recobrar la británica; se considera que la mujer casada tiene la del marido; se conserva á la Corona la facultad de conceder cartas de *denizacion*, etc. (N. del T.)

CAPÍTULO IV.

DE LA ESCLAVITUD.

SUMARIO.—Modos de nacer la esclavitud.—Condicion de los esclavos en Roma.—*Coloni* ó siervos.—Cómo terminaba la esclavitud.—Efectos de la manumision.—El anillo de oro.—Relaciones del liberto con el patrono despues de la manumision.—La esclavitud en los tiempos modernos.—Legislacion española.

Entre nosotros, siendo el trabajo libre, depende de la contratacion, y la autoridad del amo sobre el criado no sale de los límites del convenio. Por este motivo, la esclavitud tiene en nuestros dias tan sólo una especie de interés histórico; pero penetraba tan profundamente en toda la vida privada y pública de los Romanos, que algunas breves indicaciones sobre este asunto no carecerán de interés.

En principio los jurisconsultos Romanos reconocen que todos los hombres son originariamente libres por derecho natural, y atribuyen el poder de los señores sobre sus esclavos únicamente al derecho y á las costumbres generales de las naciones. Por esto se define la esclavitud diciendo que es *constitutio juris gentium, qua quis, dominio alieno, contra naturam, subjicitur* (1).

Modos de nacer la esclavitud.—La esclavitud entre los Romanos tenia tres orígenes: 1.° Los prisioneros de guerra se consideraban como propiedad absoluta del vencedor, y se retenian para dedicarlos al servicio del Estado, empleándolos en obras públicas, ó se vendian en almoneda, *sub corona*, como parte del botin; 2.° Todos los hijos de una esclava seguian la condicion de la madre, y pertenecian á su señor segun los principios que regian respecto de los animales inferiores: *partus sequitur ventrem*. Los esclavos nacidos en la casa del

---

(1) D. 1, 5, 4.—I. 1. 3. 2.

señor se llamaban *vernæ*, distinguiéndose así de aquellos que se adquirian por compra ó de otro modo; 3.° Un ciudadano Romano podia ser condenado por sentencia de los tribunales á esclavitud en castigo de delitos comunes, análogamente á los galeotes de los tiempos modernos (1).

Conforme al derecho extricto, un Romano no podia ser esclavo de otro Romano, pues aunque segun las Doce Tablas un deudor insolvente podia ser entregado á su acreedor, la ley exigia que el deudor fuera vendido fuera del país: *trans Tiberim*. Sin embargo, si un hombre libre, mayor de veinte años, consentia que otro cómplice suyo le vendiera como esclavo para dividir el precio entre ámbos, perdia su libertad en pena del fraude. La mujer libre que cohabitaba con un esclavo, quedaba reducida á la esclavitud, segun el *senatus-consultum Claudianum;* pero Justiniano abolió esta ley (2).

Condicion de los esclavos en Roma.—En los primeros tiempos de la República el número de los esclavos era pequeño; pero despues de haber extendido Roma sus conquistas fuera de Italia, la introduccion de prisioneros alcanzó grandes proporciones, y habia traficantes que vendian esclavos en los mercados públicos. Una gran parte del caudal de los Romanos consistia en esclavos, entre los cuales habia artesanos, cuyo trabajo producia un elevado lucro. Todos los esclavos estaban bajo la potestad de sus señores, quienes tenian un poder absoluto sobre sus actos, industria y trabajo; á ellos pertenecia cuanto aquellos adquirian; podian traspasarlos á quien quisieran, como si fueran bienes muebles, por donacion, venta ó legado. No tenian derechos políticos ni civiles, y en los más de los casos eran considerados por la ley más bien como cosas que como personas. Si algunas veces se les permitió retener una parte de sus ganancias como *peculium*, esto se consideraba más bien como un favor que como un derecho.

Durante la República y un largo período del Imperio, el señor tenia el derecho absoluto de vida y muerte sobre el esclavo. Los historiadores y poetas nos han dado á conocer el lado sombrío de la vida del esclavo, haciendo una triste descripcion del trato desapiadado de que era objeto esta desdichada clase. Ricos y pobres los despreciaban, y cuando viejos se los dejaba á veces morir de hambre. El cansado y voluptuoso señor á quien pertenecian podia azotarlos con hierros candentes y torturarlos á su albedrío; y todavía en tiempo de Augusto vemos que Vedio Polio mandó echar á la piscina, para que sirviera de pasto á sus lampreas, á un criado que habia roto una copa de cristal. A las esclavas imponian frecuentemente bárbaros castigos sus amas, sólo por puro capricho ó en pena de insignificantes faltas relacionadas con los misterios del tocador. Ulpiano nos habla de una jóven romana, llamada Umbricia, que fué desterrada por cinco años por el Emperador Adriano, en pena de la atroz crueldad con que trataba (1) á sus esclavas.

(1) Marezoll, § 71.
(2) C. 7, 24.

Por una Constitucion de Antonino Pío, de que se hace mencion en la Instituta, el señor que deliberadamente mataba á un esclavo se hacia reo de homicidio. El mismo Emperador publicó un rescripto para protejer á los esclavos contra la sevicia y la opresion, mandando á los gobernadores de las provincias que atendiesen las quejas de los esclavos que á veces buscaban amparo en los templos ó al pié de las estátuas del Emperador que se habian colocado en todas las ciudades principales; y si resultaba que habian sido tratados con excesiva severidad, ordenaba que se vendiesen para que nunca volvieran á caer en poder del mismo señor (2). Con éstas y otras medidas de análogo carácter, la suerte de los esclavos mejoró hasta cierto grado; pero el señor conservaba todavía sobre ellos un poder de correccion, que en realidad era ilimitado y daba lugar á grandes abusos, pues aunque el esclavo muriese á consecuencia del castigo, el señor no tenia que temer ningun procedimiento criminal, á ménos que se pudiera probar que habia tenido intencion de matarlo (3).

Coloni ó siervos.—Encontramos en el Imperio Romano, entre los esclavos y los hombres libres, una clase que ocupaba una posicion intermedia, y que estaba formada por los colonos, á veces llamados *adscriptitii* ó *servi terræ;* es decir, sier-

(1) D. 1, 6, 2.
(2) I. 1, 8, 2.
(3) Collatio Legum Mosaicarum, tit. 3, c. 2.

vos (1) ligados á la tierra para cultivarla, y que se traspasaban con ella cuando se vendia. Algunos autores, entre ellos Savigny, creen que esta institucion no se remonta más allá del reinado de Diocleciano, aunque admiten que se encuentran huellas de ella en un período más antiguo. Otros escritores, sin embargo, consideran que los siervos tienen un orígen más remoto aún.

Estos siervos podian contraer matrimonio, y la ley les consideraba como capaces de disfrutar de ciertos derechos. Pero en otros particulares su condicion se asemejaba mucho á la del esclavo ordinario. El señor tenia el derecho de castigarlos y podia disponer de sus bienes sin su consentimiento. Antiguamente el *colonus* estaba tan ligado á la tierra, que ni la emancipacion podia separarle; pero más tarde desapareció este rigor (2).

Cómo terminaba la esclavitud.—Los señores tenian la facultad de dar libertad á sus esclavos por la manumision. En los tiempos antiguos ésta se hacia de tres modos distintos: 1.° por el *census*, inscribiendo el nombre del esclavo en el registro ó matrícula del censor; 2.° por *vindicta*, ó vara del lictor, ceremonia que se verificaba en presencia del pretor; 3.° cuando el señor concedia en su testamento la libertad á su esclavo. Despues se introdujeron por los Emperadores otras formas de emancipacion ménos solemnes, tales como: *in ecclesiis*, *inter amicos*, *per epistolam*, *per convivium* (3). Al principio, la facultad de emancipar, como se fundaba en el derecho de propiedad del señor, era ilimitada; despues las leyes *Ælia Sentia* y *Furia Caninia*, é indirectamente la ley *Julia Norbana*, establecieron restricciones; pero, con el fin de estimular la emancipacion, Justiniano abolió estas leyes.

Efectos de la manumision.—En los primeros tiempos todos los libertos emancipados con arreglo á las formas establecidas se hacian ciudadanos Romanos, aunque naturalmente se los miraba como inferiores á aquellos que no tenian mancha alguna de sangre servil. En tiempo de Augusto habia tres cla-

(1) Siervos adscripticios ó adscriptos á la gleba. (N. del T.)
(2) De Fresquet, vol. p. 110-112, Du Colonat.
(3) I. 1, 5, 2.—Ulp. I. 7-9.

ses de libertos: 1.ª los que tenian todos los derechos de ciudadanía; 2.ª los *Latini Juniani*, que tenian los privilegios de que disfrutaban los Latinos ántes de la guerra social; y 3.ª los *dedititii*, que tenian un grado inferior de libertad, estando su capacidad sujeta á ciertas limitaciones, una de las cuales era la de no poder nunca alcanzar la distincion de la ciudadanía Romana. Las atrevidas innovaciones de Justiniano borraron todas estas diferencias que habia entre los libertos.

El anillo de oro.—El privilegio de llevar una sortija de oro, que al principio se reservaba á los indivíduos del órden ecuestre, se extendió despues á todas las clases de *ingenui*, ó nacidos libres. Si alguno de éstos era reducido á esclavitud y despues recobraba la libertad, nunca dejaba de ser considerado como *ingenuus*. Pero un liberto, si habia nacido esclavo, no tenia derecho á llevar la sortija de oro, cosa á que se daba grande importancia, á ménos que obtuviera la consideracion de ingénuo mediante una concesion especial del Emperador (1). Por último, cuando todos los libertos sin distincion se hicieron ciudadanos Romanos, Justiniano les confirió el derecho de llevar la sortija de oro, que hasta entónces habia sido el símbolo del hombre que habia nacido libre (2).

Relaciones del liberto con el patrono despues de la manumision.—Despues de la manumision, el señor conservaba como patrono ciertos derechos sobre su liberto. Este tenia que mostrarle cierto respeto y deferencia y prestarle diferentes servicios. Si el patrono se veia reducido á la miseria, el liberto estaba obligado á mantenerle con arreglo á sus recursos. Por otro lado, el patrono que desatendia el deber de mantener á su liberto pobre, perdia sus derechos de patronato. Cuando un liberto moria *intestado*, sin herederos, el antiguo señor heredaba sus bienes como patrono.

La antigua condicion de los villanos en Inglaterra desapareció á principios del siglo XVII, y ninguna otra forma de servidumbre se ha reconocido por la ley, aunque una regla di-

(1) «Ingenuus est qui statim ut natus est liber est.» «Libertini sunt qui ex justa servitute manumissi sunt.»—I. 1, 4 y 5. «Aureus annulus insigne ingenuitatis. Hoc jus libertini impetrabunt a principe.»—Pand. Justin. de Pothier, vol. 5, p. 18.
(2) N. 78, c. 1.

ferente prevaleció en las Colonias. En el asunto de James Somerset, negro que fué llevado ante el Tribunal del Banco del Rey en virtud del *habeas corpus* en 1772, se falló que un señor no podia sacar del país y llevar otra vez á las colonias á su esclavo (1). Otra cuestion análoga se ventiló en Escocia en el pleito entre Knight y Wedderburn en 1778, habiéndose declarado que el negro esclavo era libre en todos conceptos (2). Aunque parezca extraño, es lo cierto que al mismo tiempo que se dictaban todos estos fallos, los carboneros y saladores de Escocia tenian una condicion próxima á la del esclavo hasta fines del siglo pasado. Estaban obligados á prestar sus servicios durante toda la vida; no podian abandonar el lugar en donde trabajaban, y eran vendidos con los establecimientos á que pertenecian (3). En 1775 se dictó una ley por el Parlamento para remediar este estado de cosas; pero fué en la práctica ineficaz á consecuencia de la ignorancia y degradacion de esta clase de obreros, y porque la emancipacion sólo podia obtenerse por un decreto del Sheriff. No consiguieron su completa libertad hasta 1779, borrándose así en la Gran Bretaña la última mancha de la servidumbre (4).

La esclavitud en los tiempos modernos.—En los tiempos modernos la esclavitud existe aún en Ásia, África y en algunas partes de América. Pero en Europa desapareció gradualmente en su forma más odiosa con el progreso del Cristianismo. Sin embargo, lo que se llama servidumbre subsistió en varios países de Europa, no solamente durante la Edad Media, sino hasta un período que puede llamarse reciente, y en nuestros mismos dias se ha decretado la emancipacion de muchos millones de siervos en los dominios de Rusia. Despues del descubrimiento de América, España y otros Estados de Europa renovaron la esclavitud, comprando y llevando negros africanos para que trabajaran en sus Colonias. La Gran Bretaña fué la primera de las potencias europeas que declaró ilícita la trata de esclavos en 1807; y en 1834, despues de algunas juiciosas disposiciones preparatorias, se declararon libres todos los esclavos de sus Colonias, mediante una indemnizacion de 20 millones de libras esterlinas (1), que el Parlamento votó como indemnizacion á los amos. Francia siguió el mismo rumbo con respecto á sus Colonias, en virtud de la ley del año 1848, habiéndose indemnizado por completo á los amos (2).

(1) State Trials, XX, 1.
(2) Mor. Dict., p. 14, 545.
(3) Bankton, 1, 2, 82. Cockburns's Memorials, p. 76. Chambers,s Domestic Annals of Scotland, III, 453.
(4) May, *Constitutional History of England*, t. II, p. 284.

Legislacion española.—Por la ley *preparatoria* de 1870, se declara la libertad de vientre y la de los esclavos mayores de sesenta años, se consagra la unidad de la familia esclava y se prohiben los castigos corporales.

Una ley posterior, dictada en el mes de Marzo de 1873, ha llevado á cabo la abolicion de la esclavitud, simultánea, inmediata y sin indemnizacion, en la isla de Puerto-Rico.

(1) Unos dos mil millones de reales. (N. del T.)
(2) Bouillet, *Dict. des Sciences, des Lettres et des Arts*, Esclavage.

CAPÍTULO V.

DEL MATRIMONIO.

SUMARIO.=I. DERECHO ROMANO.=*Seccion primera: Constitucion del matrimonio.*=Naturaleza del matrimonio.—*Matrimonium justum et injustum.*—El matrimonio con ó sin *manus.*—Formas antiguas.—*Sponsalia.*—Modo de contraer matrimonio.—Impedimentos.—Parentesco.—Consentimiento paterno.—El celibato en Roma.—Concubinato.=*Seccion segunda: Efectos del matrimonio en Roma.*—Efectos en cuanto á la mujer.—Efectos en cuanto á la propiedad.—Dote.—*Donatio propter nuptias.*—Donaciones entre marido y mujer.—Hasta qué punto el matrimonio era una ceremonia religiosa —Decreto del Concilio de Trento.= II. DERECHO FRANCÉS.—Cómo se contrae matrimonio en Francia.—Capitulaciones matrimoniales.—Reglas del Código civil.=III. DERECHO INGLÉS.=*Seccion primera: Constitucion del matrimonio en Inglaterra.*—Desde el Concilio de Trento la asistencia de un clérigo fué necesaria.—Leyes sobre el matrimonio en Inglaterra.—Dónde debe celebrarse el matrimonio.—Ceremonia.—Matrimonio de los menores.—Matrimonios celebrados fuera de Inglaterra.=*Seccion segunda: Efectos del matrimonio en Inglaterra.*—Capacidad de la mujer para presentarse en juicio.—Efectos en cuanto á los bienes de los cónyuges.—Derechos de la mujer al fallecimiento del marido.=IV. DERECHO ESCOCÉS.=*Seccion primera: Constitucion del matrimonio en Escocia.*—El mútuo consentimiento constituye el matrimonio.—Matrimonio público ó regular.—Matrimonios irregulares.—Declaracion ante testigos.—Reconocimiento por escrito.—Promesa seguida de cópula.—Cohabitacion.—Matrimonios en Gretna Green.—Declaracion judicial.=*Seccion segunda: Efectos del matrimonio en Escocia.*—Facultades de las mujeres casadas.—Efectos respecto de los bienes de los cónyuges.—Asignacion en favor de la mujer.—Efectos de la separacion.—Derechos de la mujer abandonada.—Derechos de la mujer despues de la muerte del marido.—Derechos de las mujeres casadas respecto de la propiedad.=V. DERECHO ESPAÑOL.—Matrimonio civil.—Consentimiento paterno.—Efectos generales del matrimonio.—Derecho foral.

I.—DERECHO ROMANO.

Seccion I.—Constitucion del matrimonio.

Naturaleza del matrimonio.—El matrimonio es un contrato por el cual el varon y la hembra se comprometen en la forma prescrita por el Derecho á vivir juntos como marido y mujer durante toda su vida. Segun Modestino, *nuptiæ sunt conjuc-*

tio maris et fœminæ et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio (1).

Las palabras *consortium omnis vitæ* no deben extenderse á la propiedad de los esposos, pues cada cual conservaba su patrimonio aparte, salvo el caso de hallarse la mujer *in manu mariti*.

Matrimonium justum et non justum.—Entre los romanos el matrimonio se dividia en *matrimonium justum* y *non justum*. El primero tenia lugar cuando ámbas partes tenian capacidad para contraer un matrimonio legítimo, llevando consigo la pátria potestad y otros derechos civiles. Primitivamente se limitaba rigurosamente á los ciudadanos Romanos, ó á aquellos á quienes se concedia el *jus connubii* (2). El *matrimonium non justum*, en el cual no habia el *connubium*, como sucedia con los matrimonios entre los *latini*, ó entre los extranjeros, ó entre romanos y extranjeros, aunque igualmente válido y obligatorio, no conferia la *patria potestas* ni otros importantes derechos civiles.

En los tiempos antiguos se exigia igualdad de condicion para los matrimonios; se casaban los patricios y plebeyos sólo dentro de su clase, y estaba prohibido á los libertos el casarse con los ingénuos. Por la *lex Canuleia* (309 de Roma) se autorizaba el *connubium* entre patricios y plebeyos, y por la *lex Julia* (757 de Roma) entre los libertos y los ingénuos, salvas ciertas limitaciones referentes á las uniones con familias de la clase senatorial, que despues Justiniano quitó, permitiendo á los senadores casarse con quienes quisiesen (3). El verdadero matrimonio era un privilegio de los hombres libres; la union de los esclavos se llamaba *contubernium*.

El matrimonio con ó sin manus.—Aunque eran necesarias ciertas formas para que la mujer entrara *in manu mariti*, éstas no eran esenciales para la validez del mismo matrimonio, y la mujer no caia bajo el poder del marido sin su expreso consentimiento. Un matrimonio legítimo podia contraerse de dos maneras: con la *conventio in manum*, ó sin ella. Por la

(1) D. 23, 2, 1.
(2) Ulp. 5, 4-5.
(3) N. 117, ch. 6.

primera la mujer pasaba de su familia á la del marido, el cual adquiria todos sus bienes, ejerciendo sobre ella una especie de *patria potestas*, como si fuera su hija. Segun la segunda manera, la mujer continuaba en poder de su padre ó de su tutor, conservando la libre disposicion de sus bienes.

Formas antiguas.—Habia tres modos de contraer matrimonio con *manus*, llamados *confarreatio*, *coemptio* y *usus*. La *confarreatio* era una ceremonia religiosa solemne, ante diez testigos, en la cual se sacrificaba un buey, y el sacerdote dividia un pan de trigo entre los cónyuges, como emblema del *consortium vitæ* ó de la vida en comun. La *coemptio* era una especie de compra simbólica de la mujer por el marido *per æs et libram*, en presencia de cinco testigos y del *libripens*. El *usus* se fundaba en la prescripcion, y tenia lugar cuando la mujer cohabitaba con el marido durante todo un año sin haberse ausentado nunca de la casa tres noches consecutivas (1). En tiempos más recientes, la *conventio in manum* pareció inconveniente á los Romanos, y estas tres antiguas formas de matrimonio cayeron en desuso. La *confarreatio* siguió la suerte del antiguo culto pagano á que habia pertenecido. La *coemtio*, aunque más frecuente y todavía en uso en tiempo de Gayo, desapareció gradualmente. Más tarde el matrimonio sin *manus* llegó á ser la regla ordinaria del Derecho comun; las mujeres casadas podian disponer de sus bienes sin autorizacion de sus maridos, y llegaron á un grado de libertad desconocido en muchas legislaciones, formando gran contraste con las limitaciones impuestas á las mujeres por el Derecho comun de Inglaterra y Escocia.

Sponsalia.—En Roma el matrimonio era á veces precedido por los esponsales, *sponsalia*, que eran una promesa mútua de matrimonio para un dia dado; pero esto no era esencial, y no podia una de las partes compeler á la otra á casarse (2).

Modo de contraer matrimonio.—Segun el Derecho Romano, el matrimonio se contraia por el mero consentimiento de las partes. Por regla general no se necesitaba de ningun escrito; pero cuando los esposos eran de condicion desigual, era cos-

(1) Gayo, I. 109, 113.—*Gallus de Becker*, traducido por Metcalfe, p. 158 y sigs.
(2) C. 5, 1, 1.

tumbre hacerlo constar en esta forma para evitar toda sospecha de concubinato. Al principio Justiniano dispensó esta formalidad como innecesaria, pero exigió despues su observancia en los casamientos de los dignatarios del Imperio y personas de gran distincion (1).

Segun la opinion general, el matrimonio se perfecciona sólo por el consentimiento: *consensus facit nuptias;* pero algunos escritores, como Ortolan, consideran que el matrimonio no es perfecto hasta tanto que la mujer ha sido entregada al marido, lo cual se manifiesta generalmente mediante la *deductio in domum mariti*. Segun esta teoría, el matrimonio es un contrato real, que se perfecciona por la entrega de la mujer (2).

Impedimentos.—En cuanto á la capacidad física para contraer matrimonio, los Romanos fijaron la edad de la pubertad para los varones á los catorce años y para las hembras á los doce. Todos los que no tenian esta edad eran pupilos, y no podian casarse. La impotencia absoluta se consideraba como una causa de incapacidad. Sin embargo, en la Constitucion de Justiniano la vejez no constituia un impedimento. Los Romanos no permitian la poligamia, de manera que el matrimonio subsistente era un impedimento para poder contraer segundas nupcias.

Parentesco.—El parentesco dentro de ciertos grados de consanguinidad ó de afinidad, era causa de incapacidad para contraer matrimonio. Los ascendientes no podian casarse con los descendientes, regla que se aplicaba al parentesco por adopcion, el cual subsistia áun despues de disuelto el vínculo. En la línea colateral estaba prohibido el matrimonio entre hermanos, con inclusion de las personas unidas en parentesco por la adopcion, miéntras ésta subsistia, así como tambien en los casos especiales en que una de las partes estuviera *in loco parentis* respecto de otra, como tio y sobrina, y tia y sobrino. Aunque el Emperador Cláudio obtuvo autorizacion del Senado para casarse con su sobrina Agripina, y algunos Romanos siguieron este ejemplo, Constantino suprimió esta costumbre (3). Arcadio y Honorio declararon legítimos los matrimo-

(1) N. 74, ch. 4. N. 117, ch. 4.
(2) N. 74, c. 4. N. 117, c. 4.
(3) *Cod. Theod.*, 3, 12, 2.

nios entre primos hermanos, que durante algun tiempo habian estado prohibidos (1).

En los mismos términos que fué un impedimento el parentesco por consanguinidad, lo fué el de afinidad, que es el vínculo, que crea el casamiento entre una de las personas casadas y los parientes consanguíneos de la otra. En tiempo de Constantino, que derogó el antiguo Derecho, se prohibió el matrimonio con la viuda del hermano y con la hermana de la esposa premuerta (2).

Estas reglas relativas al impedimento de parentesco han sido seguidas, en lo sustancial, tanto en Inglaterra como en Escocia, con la excepcion de que no existe el impedimento que nace de la adopcion. En el Código Napoleon (arts. 162 y 163) se establecen las prohibiciones de esta manera:

«En la línea directa se prohibe el matrimonio entre todos »los ascendientes y descendientes, sean legítimos ó naturales, »y entre los parientes por afinidad en la misma línea.

»En la línea colateral, el matrimonio se prohibe entre los »hermanos, sean legítimos ó naturales, y entre los parientes »por afinidad en el mismo grado.

»El casamiento se prohibe tambien entre tio y sobrina y »entre tia y sobrino.»

En España no pueden contraer matrimonio los ascendientes y descendientes por consanguinidad ó afinidad legítima y natural; los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado, es decir, los primos hermanos; los colaterales por afinidad legítima hasta el tercer grado; los colaterales por consanguinidad ó afinidad natural hasta el segundo grado; el padre ó madre adoptante y el adoptado; éste y el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éste; y los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado miéntras subsista la adopcion.

Los Romanos prohibian tambien algunos matrimonios por motivos de interés público. Los gobernadores de las provincias no podian casarse con una mujer del territorio que administraban; los tutores no podian casarse con sus pupilas, ni ca-

(1) C. 5, 4, 19.
(2) *Cod. Theod.*, 3, 12, 2.

sarlas con sus hijos; y en el último período del Imperio, no se permitia que los cristianos se casasen con judíos.

Consentimiento paterno.—Segun el Derecho Romano, el consentimiento del padre, ó *pater familias*, era requisito indispensable para el matrimonio de los hijos que estaban bajo su potestad; pero no era necesario el consentimiento de la madre, ni el del curador. Además, el consentimiento tácito del padre era bastante.

El celibato en Roma.—En los tiempos antiguos el celibato era tenido en Roma por cosa censurable. Esta opinion desapareció en medio de la degeneracion universal de las costumbres, especialmente despues de las guerras civiles en los últimos tiempos de la República, cuando la conducta de las mujeres de distincion hizo del matrimonio un estado intolerable para los hombres. A fin de contrarestar el efecto de estos males, César favoreció el matrimonio por medio de premios. Augusto fué más allá en este camino, y en su tiempo se dieron las famosas leyes *Julia* y *Papia Poppœa*, en las que se dictaban disposiciones severas contra el celibato, al paso que se concedian determinadas ventajas á aquellos que tuviesen cierto número de hijos. No produjeron buen resultado estas leyes, que engendraban una injusta desigualdad, y frecuenmentete los mismos Emperadores las eludian, dando el *jus trium liberorum* á personas que no tenian hijos, y hasta á algunos que no eran casados (1). Constantino abolió las penas impuestas al celibato.

Concubinato.—El concubinato, que es la cohabitacion permanente de un soltero con una soltera, se legalizó en tiempo de Augusto. El que tuviera mujer legítima no podia tener concubina, ni era lícito tener por concubina á la esposa de otro, ni tampoco tener más de una (2). La contravencion á estas reglas se castigaba como *stuprum*.

En tiempos más recientes la concubina se llamó *amica*. El concubinato entre personas de condicion desigual no era raro, y á veces los viudos que tenian hijos legítimos y que no querian contraer otro matrimonio, como sucedió con Vespasiano, Antonino Pío y Marco Aurelio, recurrian á este medio. Los hijos nacidos del concubinato no dependian del padre ni tenian derecho á heredarle, como lo tenian los hijos de un matrimonio legítimo; pero aquellos que tenian padre reconocido podian exigirle alimentos y tambien ejercitar otros derechos. Respecto de la madre, los derechos hereditarios de estos hijos eran tan extensos como los de los legítimos.

(1) *Gallus*, de Becker, traducido por Metcalfe, p. 177.
(2) Paul, 2, 20.

En tiempo de los Emperadores cristianos el concubinato no era bien mirado; pero subsistia aún como institucion legal en tiempo de Justiniano (1). Por último, Leon el Filósofo, Emperador de Oriente (d. J. 887), derogó las leyes que permitian el concubinato, como contrarias á la religion y al decoro público. «¿Por qué habeis de preferir un charco turbio, decia, cuando podeis beber en fuente cristalina?» (2). Esta costumbre, sin embargo, subsistió por mucho tiempo en Occidente entre los Francos, los Lombardos y los Alemanes (y en España con el nombre de *barraganía*), y es notorio que existió sin trabas entre el clero por algun tiempo (3).

Seccion II.—Efectos del matrimonio en Roma.

Efectos en cuanto á la mujer.—Como consecuencia del *consortium vitæ*, la mujer seguia al marido á su domicilio y tenia derecho á su proteccion y al sustento que debia proporcionarle. Llevaba además su nombre y adquiria su posicion social, conservándola hasta despues de la muerte del marido, siempre que no volviese á contraer otras nupcias (4).

Todos los hijos nacidos de un matrimonio legítimo estaban sujetos á la pátria potestad del padre, que se presumia siempre serlo, á ménos que se demostrara lo contrario mediante pruebas indubitables (5). Se consideraba que un hijo habia sido concebido durante el matrimonio, cuando nacia dentro de los diez meses, á contar desde la disolucion de éste (6).

Efectos en cuanto á la propiedad.—Con respecto á la propie-

(1) D. 25, 7. C. 5, 26.
(2) Leon, *Const.* 91. Ortolan, *Institutes*, vol. II, p. 102.
(3) Ducange, Concubina.—Troplong, *De l'Influence du Christianisme sur le Droit Civil des Romains*, p. 247.
(4) Mackeldy, § 550.
(5) D. 1, 6, 6.
(6) D. 38, 16, 3, § 11.

dad de la mujer casada, ya hemos dicho que en los primitivos tiempos, cuando el matrimonio se contraia con la *conventio in manum*, la mujer caia enteramente bajo la potestad del marido, y toda su propiedad pertenecia á éste. Pero en un período más reciente, cuando se abandonó la *conventio*, el matrimonio no producia el efecto de hacer comunes los bienes de los cónyuges, sino que, por el contrario, cada uno de los esposos tenia el derecho de conservar lo que era suyo, disponiendo de ello como mejor le parecia. Así que, si la mujer era *sui juris* y tenia bienes propios, los conservaba como cosa suya, con entera independencia del marido.

Al celebrarse el matrimonio se otorgaba una escritura para arreglar los derechos de los cónyuges en el órden económico. En los tiempos antiguos estos contratos eran desconocidos, é innecesarios en el casamiento con *manus;* pero cuando esta cayó en desuso, se sintió la necesidad de tales convenios.

Dote.—Se consideraba un deber en el padre el dar á la hija una dote proporcionada á sus recursos. Esta dote se llamaba *dos profectitia*. Cuando la mujer la constituia con sus propios bienes, ó lo hacia una tercera persona, se llamaba *dos adventitia*. Sin embargo, la constitucion de la *dos* no era esencial para la validez del matrimonio; era tan sólo una de aquellas cosas que se arreglaban por un convenio especial. El marido tenia la administracion exclusiva de la dote y derecho á sus productos durante el matrimonio, pudiendo ejercer actos de dominio en lo tocante á los muebles; pero no podia enajenar ni hipotecar los inmuebles, ni áun con el consentimiento de la mujer. Por regla general, el derecho del marido sobre esta dote terminaba con la disolucion del matrimonio. En la última época del Derecho Romano, cuando el matrimonio se disolvia, la dote se devolvia á la mujer ó á sus herederos, y en algunos casos al padre de la mujer (*profectitia dos*), ó á alguna tercera persona que hubiera dado bienes á este fin con la condicion de que habian de devolvérsele (*receptitia dos*). Cabia modificar esto por un convenio especial, pudiéndose extipular en el contrato matrimonial que el marido adquiriria la dote de la mujer que fallecia ántes de él (1).

(1) Marezoll, § 165.

Todos los bienes de la mujer no comprendidos en la dote se llamaban parafernales: *parapherna*; aquella continuaba siendo dueña de ellos, y el marido no gozaba respecto de los mismos de otros derechos que de los que ella quisiera cederle (1).

Donatio propter nuptias.—La *donatio propter nuptias* era la hecha por el marido en favor de la mujer, para que la gozara en concepto de viudedad para el caso de que ella le sobreviviera. Miéntras duraba el matrimonio, el marido tenia la administracion de los bienes en que consistia, y podia aplicar sus productos al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Si éste se disolvia por la muerte del marido, la donacion *proter nuptias* se hacia de la mujer; pero si ella fallecia ántes, el marido la consideraba como propiedad suya (2).

En ciertos casos el matrimonio daba lugar á recíprocos derechos de sucesion entre los cónyuges, como se verá más adelante cuando tratemos del derecho hereditario.

Donaciones entre marido y mujer.—Para conservar á las relaciones matrimoniales su pureza, ni el marido podia hacer donaciones á la mujer, ni ésta á aquel durante el matrimonio. En tiempo de Septimio Severo, la rigidez de la ley en punto á estas donaciones se relajaba si el donador moria sin haberlas revocado. Habia tambien excepciones de esta regla general, pues algunas donaciones entre marido y mujer eran por su propia naturaleza válidas é irrevocables, tales como las remuneratorias ó aquellas que se hacian para divorciarse á seguida; y tambien podia una mujer hacer dádivas á su marido con el fin de habilitarle para alcanzar ciertos cargos (3).

Hasta qué punto es el matrimonio una ceremonia religiosa.—El abate Fleury sostiene que los primeros Padres de la Iglesia consideraban el matrimonio como una ceremonia que tenia tanto de religiosa como de civil. Pero otros escritores eminentes mantienen una opinion diferente. Dicen que las autoridades citadas por Fleury no vienen en su apoyo. Entre los Romanos el matrimonio era un mero contrato civil, y así

(1) C. 5, 14.
(2) I. 2, 7, 3. C. 5. 3.
(3) D. 24, 1. Mackeldy, § 566.

continuó siéndolo en tiempo de Justiniano. El Emperador Leon el Filósofo (886 d. J.) fué el primero que declaró que la bendicion eclesiástica era necesaria en el matrimonio; pero su Constitucion sólo tuvo fuerza en el Imperio de Oriente. En los antiguos Códigos de los bárbaros no se hace mencion de esta ceremonia, y en la historia de Gregorio de Tours el matrimonio se considera como un contrato civil.

En la mayor parte de las naciones la ceremonia nupcial se celebra en presencia de un eclesiástico, y va acompañada de la bendicion nupcial y de otros ritos religiosos. Las formas religiosas, sin embargo, no son esenciales para su validez; pero pueden hacerse necesarias mediante las instituciones positivas de los distintos Estados, porque sólo el poder civil es el competente para determinar las formas que sean precisas, si lo es alguna además del consentimiento de los contrayentes, para constituir un matrimonio válido. Blackstone hace notar que la intervencion de un sacerdote para solemnizar este contrato es puramente *juris positivis* y no *juris naturalis aut divini* (1).

Decreto del Concilio de Trento.—Antes del decreto del Concilio de Trento, Noviembre de 1563, por el cual se declaró que desde aquella fecha todos los matrimonios no contraidos en presencia del párroco y de dos ó tres testigos se considerarian nulos, los clandestinos celebrados sin intervencion del sacerdote eran reconocidos en toda la cristiandad; (en España con el nombre de *matrimonios á yuras*). Pothier consideró este famoso decreto como una usurpacion clerical, que nunca alcanzó autoridad en Francia. Cincuenta y seis prelados votaron contra él. Maillard, decano de la Sorbona, declaró, segun se dice, que no tenia facultad la Iglesia para dar este decreto, y que además era falso el principio que se afirmaba, pues el primer matrimonio entre Adam y Eva, que era el modelo de todos los demás, se contrajo secretamente y sin testigos (2).

---

(1) Blackstone, Com., 1, ch. 15. Sobre este punto véanse las *Lectures on the History of the Church of Scotlan*, por Lee. t. I, p. 248.

(2) El Padre Paul, *History of the Council of Trent*, lib. 7. Pothier, *Tratè de Mariage*, part. 4, c. 1, § 4.

II.—Derecho francés.

Cómo se contrae el matrimonio en Francia.—Segun el Código Napoleon, el matrimonio en Francia ha de celebrarse ante un empleado civil del domicilio de una de las partes contratantes, en presencia de cuatro testigos y prévia la publicacion de ciertos edictos, habiéndose de otorgar un instrumento con ciertos requisitos, llamado *acte de mariage*, para que sirva de prueba del contrato (1). A esto sigue generalmente una ceremonia religiosa para consagrar la union de los esposos; pero no es necesaria para la validez del matrimonio, y si un ministro del culto divino celebra dicha ceremonia ántes del casamiento civil, incurre en las penas severas que señala el Código penal (2). En Inglaterra se ha adoptado la misma edad para poder contraer matrimonio que la prescrita en el Derecho Romano; es decir, catorce años para los varones y doce para las hembras; pero en Francia un varon de ménos de diez y ocho y una hembra de ménos de quince no pueden casarse, ó por lo ménos no pueden hacerlo sin una dispensa de la Corona, que la concede cuando hay motivos graves. Un hijo menor de veinticinco años y una hija menor de veintiuno no pueden casarse sin el consentimiento de sus padres, ó de aquel de ellos que sobreviva, siendo suficiente, en caso de disentimiento, el consentimiento del padre. Si los padres han muerto, ó no pueden dar su consentimiento, los abuelos hacen sus veces, y á falta de éstos hay que obtener el consentimiento del consejo de familia. Cuando el hijo ó la hija son mayores de dichas edades, pueden casarse sin el expresado consentimiento; pero han de pedir ántes á sus padres la vénia en señal de respeto en la forma que se prescribe (3). Los hijos no tienen derecho á exigir dote ni otros medios de vivir de su padre ni de su madre (4).

Capitulaciones matrimoniales.—Es costumbre en Francia celebrar ántes del matrimonio un contrato con el fin de arreglar los respectivos derechos é intereses de los futuros cónyu-

---

(1) *Código Civil*, art. 75, 76, 165.
(2) *Code penal*, art. 190. 200.
(3) *Code civil*, art. 144-151.
(4) *Ibid.*, art. 201.

ges, siendo preciso, cuando tal contrato existe, hacer mencion de él en el *acte de mariage*, segun la ley de 18 Julio de 1850. El contrato puede ser un convenio especial, ó declarar de una manera general que las partes quieren que su matrimonio se arregle segun el régimen de la comunidad de bienes, ó segun el régimen dotal. En el primer caso, ó sea en el de la comunidad de bienes, los derechos de los esposos y de sus herederos se regulan segun las disposiciones del libro III, tít. 5.°, capítulo 2.° del Código civil, á contar desde el artículo 1390. En el segundo caso, ó sea del régimen dotal, sus derechos se determinan por las disposiciones del cap. 3.° del mismo libro y título, desde el artículo 1540.

Reglas del Código civil.—Las reglas del Derecho francés respecto á la constitucion del matrimonio, se encontrarán en el primer libro del Código civil, art. 63 y siguientes hasta el 76, y 144 hasta el 228; y los efectos legales del matrimonio, en cuanto á los bienes de los esposos, se determinan extensamente bajo el epígrafe de «Contrato de Matrimonio» en el libro III del mismo Código, art. 1387 y siguientes hasta el 1581.

III.—Derecho inglés.

Seccion I.—Constitucion del matrimonio en Inglaterra.

Desde el Concilio de Trento la asistencia de un clérigo es necesaria.—En la célebre causa de Dalrymple (1) lord Stowell expuso la opinion, que ántes de la ley de matrimonio de Jorge II, el casamiento, segun el Derecho inglés, se constituia mediante el consentimiento *de præsenti*, sin la asistencia de clérigo alguno y sin ceremonia religiosa. Pero este parecer fué rechazado en un juicio seguido en la Cámara de los Lores en el pleito de Millis en 1844, en el cual se falló que desde el decreto del Concilio de Trento el Derecho eclesiástico inglés exigia la presencia de un clérigo en los casamientos (2).

Leyes sobre el matrimonio en Inglaterra.—En Inglaterra

(1) 2 Hagg. C. R. 54 y Dodson,s Report.
(2) 10 Cl. y Fin., p. 534.

las formalidades del matrimonio se rigen en la actualidad por los llamados *Estatutos* de matrimonio, segun los cuales puede aquel celebrarse con ceremonias religiosas ó sin ellas. El Estatuto de Jorge IV (4, c. 76) aceptó el principio del *Derecho comun*, segun el que, los matrimonios que se contraian en Inglaterra debian solemnizarse respecto de toda clase de personas, cualesquiera que fueran sus creencias religiosas, por un sacerdote y con arreglo á los ritos de la Iglesia anglicana, sin otra escepcion que la hecha en favor de los judíos y de los cuáqueros, cuyos usos fueron respetados. Pero como se observara que este principio venia en perjuicio de los disidentes, un Estatuto de Guillermo IV (6 y 7, c. 85), reformado más tarde en varios puntos secundarios, introdujo nuevas reglas, segun las cuales pueden celebrarse los matrimonios en Inglaterra, prévia la publicacion de edictos hecha constar por certificado, ya en un templo autorizado, ya en presencia del registrador del distrito y de dos testigos, ya en la oficina del registrador-jefe, en su presencia y en la de alguno de los registradores del distrito y de dos testigos, haciendo la declaracion correspondiente y usando la fórmula y las palabras prescritas por la ley.

Por estas leyes se ve que el matrimonio no puede constituirse en Inglaterra tan sólo por medio del consentimiento, aunque se haya manifestado expresamente ante testigos. Debe haber algun anuncio prévio, ó publicacion de amonestaciones, ó permiso de la autoridad competente. Un sacerdote de la Iglesia anglicana ó el registrador del distrito han de asistir á la ceremonia religiosa ó civil respectivamente, además de los testigos, y el matrimonio debe celebrarse en un lugar autorizado y en horas hábiles.

Dónde debe celebrarse el matrimonio.—Como se ve, en Inglaterra el matrimonio puede celebrarse en una iglesia, ó prévia la debida publicidad en una capilla ó edificio autorizado, ó en la oficina del registrador.

Ceremonia.—Cuando el casamiento se celebra en una iglesia ó capilla de la Iglesia anglicana, la ceremonia debe verificarse por el sacerdote oficiante segun el rito de aquella y en presencia de uno ó más testigos. Si el matrimonio se celebra en una capilla autorizada de cualquiera culto disidente, los ontrayentes pueden hacer que acompañen al contrato civil

las ceremonias religiosas que quisiesen. Pero si las partes contraen el matrimonio en la oficina del registrador, la mútua declaracion del consentimiento matrimonial completa el contrato civil sin que sea necesaria ceremonia alguna religiosa (1).

El arzobispo de Cantorbery puede conceder permisos especiales para celebrar casamientos en épocas y lugares determinados. En todos los demás casos el matrimonio no puede celebrarse en una casa particular; ha de verificarse estando las puertas del edificio abiertas y en las horas canónicas, es decir, entre las ocho y las doce de la mañana.

Matrimonio de los menores.—Si la persona que intenta casarse es menor, y no es viudo ó viuda, debe obtener el consentimiento del padre. Si el padre ha muerto, se exige el consentimiento del tutor, y si no hay tutor, el de la madre, si no ha vuelto á casarse; y á falta de todos éstos dá el consentimiento un curador, nombrado por el Tribunal de la Cancillería; y en algunos casos de incapacidad, ó en que el consentimiento se niega sin razon, se obtiene acudiendo al Lord Canciller. Antiguamente un matrimonio podia declararse nulo por falta del consentimiento de los padres ó tutores; pero se observó que esta regla era perjudicial, y segun el Derecho vigente, si un menor llega á celebrar el matrimonio, éste no se anula por falta del consentimiento de los padres y tutores (2). Todos los matrimonios, ya se celebren segun la ley de Jorge IV (4, c. 76), ya conforme á la de Guillermo IV (6 y 85, c. 7), deben registrarse.

Matrimonios celebrados fuera de Inglaterra.—Estas leyes no alcanzan á los matrimonios contraidos por los súbditos ingleses fuera de su pátria. Un casamiento celebrado en Escocia ó en un país extranjero, si se hace de tal manera que se estima bastante en el punto en donde se contrajo, se considera válido por la legislacion inglesa, y hasta los matrimonios de Gretna Green (3) eran reconocidos por los Tribunales ingleses, aunque los contrayentes se fugaban de la casa paterna yendo

(1) 19 y 20 Vict., c. 119, s. 12. Compendium de Paterson, p. 287.
(2) Guillermo IV, 6 y 7, c. 85, s. 25. Addison, *On contracts*, 5.ª ed., p. 756.
(3) Véase más adelante el Derecho escocés.

á Escocia con el intento de eludir las leyes sobre el matrimonio de su propio país.

Es una regla general, por más que á veces produzca inconvenientes, que un matrimonio celebrado con la debida solemnidad en cualquier país, con arreglo á las leyes del mismo, debe reconocerse como firme en cuanto á la forma en todas partes. Mas hay que hacer una distincion entre la forma de la ceremonia y la capacidad legal para contraer matrimonio, porque aquella depende del lugar en donde se celebra el casamiento, miéntras que la capacidad legal para contraer matrimonio se determina por el país en que tienen su domicilio los contrayentes. Este principio se estableció por la sentencia dictada por la Cámara de los Lores en el pleito entre los esposos Brook. Tenian éstos su domicilio en Inglaterra, en donde está prohibido el casamiento con la hermana de la esposa premuerta, y se casaron en el puerto danés de Altona, cuyo derecho permitia estos enlaces. Este casamiento se declaró despues nulo, fundándose en que las personas domiciliadas en Inglaterra no pueden casarse sino con aquellos que tienen capacidad segun las leyes inglesas, y que al celebrarse la ceremonia en Altona ó en otro punto cualquiera, podian variar la forma, pero no aquella capacidad.

Seccion II.—Efectos del matrimonio en Inglaterra.

Capacidad de la mujer para presentarse en juicio.—Generalmente hablando, la mujer no puede comparecer ante un tribunal sin estar asistida por su marido. Puede, sin embargo, hacerlo como *femme sole*, cuando está separada judicialmente de su marido.

Efectos en cuanto á los bienes de los cónyuges.—Segun el *Derecho comun* de Inglaterra, el marido adquiere todos los bienes *personales* pertenecientes á la mujer al tiempo de su matrimonio y todos los aumentos que tengan durante la subsistencia de éste, á excepcion de sus bienes parafernales y de aquella propiedad destinada para su uso peculiar. Tiene tambien el marido derecho á todos los *chattels real*, ó rentas por arrendamientos de período determinado, y á sus *choses en*

action, tales como las sumas que se deban á la mujer á consecuencia de obligaciones ó en otro concepto; pero esto es una excepcion, pues generalmente no llegan á ser de la propiedad del marido hasta tanto que él las ha hecho efectivas. Si falleece ántes de verificarlo, quedan de la mujer, y si ella tambien falleciese ántes del cobro, pertenecen á los herederos de la misma. El marido tiene derecho á la administracion y á percibir las rentas y productos de la propiedad libre (1) de la mujer durante el matrimonio. Despues del fallecimiento de ésta, puede el marido disfrutar durante su vida de aquellas fincas en cuya posesion hubiesen entrado en virtud del derecho hereditario de ella, si los hijos habidos en el matrimonio han nacido con capacidad para heredar esta propiedad.

Cuando el marido solicita la intervencion de uno de los Tribunales de Equidad para entrar en posesion de una propiedad de su mujer, como, por ejemplo, para posesionarse de alguna cosa que se haya dejado á ésta en legado, si no se ha hecho ántes en su favor asignacion alguna, el Tribunal dispondrá que una parte de esta propiedad se le asigne para su propio y peculiar uso (2).

Derechos de la mujer al fallecimiento del marido.—En cuanto á los derechos de propiedad que adquiere la mujer cuando tiene lugar el fallecimiento del marido, el Derecho de Inglaterra los deja en un estado muy precario. La dote (3) es el goce de por vida de una tercera parte de los bienes reales del marido, lo cual antiguamente tenia gran valor; pero en la actualidad ha llegado á ser insignificante. Segun un Estatuto de Guillermo IV, que es aplicable á todos los matrimonios contraidos despues del 1.° de Enero de 1834, no se puede reclamar dote: 1.°, cuando el marido ha dispuesto de su hacienda durante su vida ó por testamento; 2.°, la mera asigna-

(1) *Frechold estates.*

(2) Por la ley de 9 de Agosto de 1870 (33 y 34, Vict., c. 93) dictada principalmente en favor de las mujeres pertenecientes á las clases obreras, se determinan medios para dejar á salvo la propiedad de la mujer casada, continuando así la legislacion inglesa apartándose de los principios estrictos del *Derecho comun*. Se concede á aquella la propiedad sobre los bienes muebles que posea al celebrarse el matrimonio ó que adquiera posteriormente, y el disfrute de los inmuebles que tuviese al casarse ó que haya suyos por sucesion *ab intestato*. Otra ley, de 30 de Julio de 1874, modifica lo relativo á la responsabilidad del marido por las deudas de su mujer. (N. del T.)

(3) *Dower*, la dote germana.

cion de un bien inmueble hecha por el marido á la mujer en concepto de dote, quita á ésta el derecho de reclamar otra, á ménos que el marido no haya expresado lo contrario; y 3.°, cualquiera declaracion del marido por escritura pública ó por testamento, al efecto de que la mujer no tenga dote, basta para hacer ineficaz toda reclamacion de su parte.

En el caso de morir intestado el marido, el Estatuto de distribuciones (Carlos II, 22 y 23, c. 10) concede á la viuda una tercera parte de los bienes personales de aquel cuando deja sucesion, y una mitad cuando no la hay; pero esto es tan sólo una probabilidad ó esperanza de sucesion, que puede hacer ilusoria en todo tiempo el testamento del marido.

IV.—DERECHO ESCOCÉS.

Seccion I.—Constitucion del matrimonio en Escocia.

El mútuo consentimiento constituye el matrimonio.—En Escocia el matrimonio es un contrato civil constituido por el consentimiento mútuo de los contrayentes. El consentimiento ha de ser de presente; una promesa ó compromiso de casarse dentro de un plazo dado, por formal que sea, puede retractarse cuando no ha habido cópula, aunque la parte que lo haga queda obligada á la indemnizacion de daños y perjuicios por falta de cumplimiento. El consentimiento de los padres ó de los tutores no es necesario para el casamiento de los menores.

El Derecho escocés reconoce cuatro diferentes modos de constituirse el matrimonio: 1.°, el matrimonio público ó regular celebrado por un sacerdote, prévia la publicacion de amonestaciones; 2.°, la mútua y deliberada prestacion del consentimiento por palabras de presente, sin la bendicion nupcial, ó sea el *concubitus*; 3.°, la promesa de casarse seguida por la cópula, cuando se ha considerado como matrimonio por medio de una accion *declaratora* entablada ante el Tribunal Supremo (*Court of Session*); 4.°, la cohabitacion en concepto de marido y mujer, y el ser tenidos y reputados como casados (1).

(1) Fraser, *Personal and Domestic Relations*, vol. I, p. 112.

Matrimonio público ó regular.—El matrimonio público ó regular es el celebrado ante un sacerdote en presencia de dos ó más testigos, prévia la publicacion de amonestaciones conforme á las reglas de la Iglesia. Todo matrimonio celebrado de otra manera es clandestino ó irregular; pero si se ha prestado séria y deliberadamente el consentimiento matrimonial, es tan eficaz como el regular, aunque los que intervienen en él incurren en ciertas penas, segun Estatutos que hoy raras veces se aplican.

Por un Estatuto de Guillermo IV (44 y 45, c. 28), un sacerdote de cualquiera confesion religiosa puede solemnizar los casamientos regulares despues de la publicacion de las amonestaciones en las iglesias parroquiales de ámbos contrayentes. Este privilegio se limitaba ántes á los sacerdotes de la Iglesia oficial de Escocia y á los anglicanos que habian prestado juramento de fidelidad al Gobierno. Entre los Presbiterianos estos casamientos regulares se celebran generalmente, no en la iglesia, sino en la casa particular que habita la novia; bajo el punto de vista del Derecho, esto es indiferente. El sacerdote hace la pregunta correspondiente para hacer constar el mútuo consentimiento de marido y mujer, los contrayentes contestan, y entónces los declara casados en presencia de los testigos, y con la bendicion nupcial se termina la ceremonia. El registro de los matrimonios en Escocia está regulado principalmente por los Estatutos de la Reina Victoria 17 y 18, c. 80, y 18, c. 29.

Matrimonios irregulares.—En cuanto á los matrimonios irregulares y á las pruebas de su celebracion, para hacer á nuestros lectores una breve exposicion de la Legislacion en este punto, creemos oportuno copiar lo que dice lord Moncreiff, cuya autoridad en cuestiones consistoriales es de gran peso.

«La regla fundamental jurídica es, sin duda alguna, que el »matrimonio lo constituye el consentimiento de ámbas partes; »y que cuando hay pruebas legales y satisfactorias de que el »consentimiento mútuo se ha prestado séria y deliberada»mente, el tribunal lo declara matrimonio, aunque resulte »claramente que no ha habido ninguna ceremonia ó solemni»dad formal.

»*Declaracion ante testigos.—Reconocimiento por escrito.*—

»*Promesa seguida de cópula.—Cohabitacion.*—La prueba de la »celebracion *in faciæ eclesiæ* es sin duda el primero y mejor »modo. La prueba de una declaracion de consentimiento for»mal, sério y deliberado, prestado ante testigos, cuando el Tri»bunal está seguro de que semejante declaracion se hizo con el »verdadero intento de contraer nupcias, es otro modo admitido »para probar la constitucion del matrimonio, como se ha vis»to en lo casos de Macadam, Dalrymple, y en otros muchos. »Las declaraciones por escrito ó reconocimientos de casamien»to, dados y aceptados, si no cabe duda de la realidad del »propósito, son tambien eficaces para el mismo fin, como ve»mos en los casos de Edmonstone y Cochrane, Honeyman y »otros. La prueba legal de una promesa de casamiento á que »ha seguido el comercio corporal propio del matrimonio, »manifiesta el mútuo consentimiento que es preciso, en vir»tud de la presuncion de que, en el mismo momento de la »consumacion, aquello que era ántes sólo una promesa, se con»virtió en consentimeinto de presente para el matrimonio. Al»gunos jurisconsultos han dudado de si este último modo de »probar el matrimonio difiere ó no de los otros en que es preci»so que se haga constar por una declaracion durante la vida »de los interesados. No pretendemos resolver este punto, pero »sí diremos que es una regla admitida en Derecho, que es »preciso probar la promesa por medio, ya de la escritura, ya »del juramento del interesado de quien se dice que la ha he»cho. Finalmente, el consentimiento de presente necesario »para constituir el matrimonio puede resultar, segun opinion »de lord Ordinary, de una manera eficaz y satisfactoria, de »una larga y continuada cohabitacion, pasando en el concepto »público por marido y mujer; respecto de cuyo modo de prue»ba hay que tener en cuenta, en primer lugar, lo que en ge»neral constituye la cohabitacion de las personas que mantie»nen relaciones de marido y mujer, y luégo sus costumbres y »su fama, la reputacion de que gozan entre sus amigos y pa»rientes y la sociedad en que viven. Cuando la cohabitacion, »durante cierto período y con el carácter distintivo que re»cibe de los actos y conducta manifiesta de ámbos interesados, »se prueba de una manera aceptable y formal, no se puede »pedir otra prueba de que el consentimiento de presente para

»el casamiento se ha dado á la faz del mundo. Pero es eviden- »te, como se desprende de la misma naturaleza de las cosas, »que este modo de probar el consentimiento necesariamente »supone que no ha habido de por medio nada secreto; que los »interesados vivian juntos en la acepcion comun del término »cohabitacion, y unidos, no al modo propio del estado de con- »cubinato ó consorcio ilícito, sino segun todas las circunstan- »cias ordinarias propias del estado matrimonial en las nacio- »nes cristianas (1).»

Se ha debatido entre los jurisconsultos escoceses si la promesa, seguida por la cópula, es en sí misma un casamiento ó sólo un fundamento para que un matrimonio pueda constitituirse mediante una declaracion del Tribunal Supremo durante la vida de los interesados. Este punto, que puede tener en ciertos casos gran importancia por su relacion con la legitimidad de los hijos, si se suscita despues de la muerte de uno de los padres, no ha sido al parecer resuelto judicialmente. Pero en un pleito seguido en 1843 ante lord Moncreiff, expresó éste la opinion de que una promesa *cum copula* no constituye un matrimonio sin una declaracion del Tribunal Consistorial; y que si ésta no se ha hecho viviendo ámbos padres, no puede reconocerse despues el matrimonio (2).

Matrimonios de Gretna Green.—Para poner fin al abuso de los matrimonios *runaway* (3) celebrados por ingleses en Gretna Green y otros lugares de Escocia, y que habian llegado á ser muy comunes, se decretó por un Estatuto de la Reina Victoria (19 y 20, c. 96) que «desde el 31 Diciembre 1856 ningun matrimonio irregular contraido en Escocia por declaracion, reconocimiento ó ceremonia, se tenga por válido, á ménos que uno de los interesados no tuviese allí su domicilio habitual ó

(1) Lord Moncreiff, pleito entre Lowrie y Mercer, 28 de Mayo de 1840, 2, D. y B. 960. 961.

(2) Pleito entre Brown y Burns, 30 de Junio de 1843. Véase tambien: Fraser, *Personal and domestic Relations*, vol. I, p. 164.

(3) Cuando un inglés deseaba contraer matrimonio con una jóven, cuyo padre ó tutor no querian dar su consentimiento, la robaba, y precipitadamente se iba con ella á Gretna Green, pequeña aldea que se encuentra al entrar en Escocia, y allí, ante un célebre *herrero*, declaraban ámbos su propósito de contraer matrimonio, y quedaban casados, utilizando las circunstancias peculiares de la legislacion escocesa en este punto y eludiendo el derecho de su país. Cuéntase que se ha dado el caso de perseguir el padre á los fugitivos, y cuando estaba á punto de alcanzarlos ya cerca de la frontera, el novio mató de un pistoletazo el caballo del carruage que conducia á aquél, consiguiendo así llegar á tiempo delante del famoso herrero, que hace pocos años ha muerto. (N. del T.)

hubiese vivido en aquel país durante los veintiun dias anteriores á la fecha del casamiento.»

Declaracion judicial.—En Escocia puede incoarse un proceso, llamado *declaracion para imponer silencio*, á fin de que sea desechada una peticion infundada de matrimonio. Por otro lado, si se ha verificado un matrimonio y se niega por uno de los interesados, el otro entabla una accion *declaratoria* ante el Tribunal de Sesion, y puede conseguir que se reconozca el casamiento con todos sus efectos y privilegios consiguientes.

Seccion II.—Efectos del matrimonio en Escocia.

Facultades de las mujeres casadas.—Por el matrimonio, el marido se hace tutor ó curador de su mujer, y debe asistirle en el otorgamiento de las escrituras y en los procesos en que es ella parte. La mujer obra por sí en todo lo que se refiere á su propia hacienda (1), pero generalmente se exige el consentimiento del marido para dar validez á las escrituras por ella otorgadas. Así que con el consentimiento del marido puede ejercer, respecto de dicha propiedad, todos los actos de administracion como cualquiera propietario. Generalmente hablando, las obligaciones personales de una casada son ineficaces, pero son válidas si son *in rem versum* de la mujer, ó se refieren especialmente á sus propios bienes, ó las ha contraido miéntras ejercia algun comercio por su propia cuenta, estando su marido ausente, ó cuando está separada de él judicialmente. La mujer casada puede, sin consentimiento de su marido, celebrar convenios y disponer de sus propios bienes por actos que no hayan de tener efecto hasta despues de su muerte.

Efectos respecto de los bienes de los cónyuges.—Segun el Derecho comun de Escocia, el matrimonio traspasa al marido toda la *propiedad personal* que tenia la mujer al tiempo de cásarse, y los aumentos que pueda tener durante la permanencia del matrimonio, con la excepcion de las obligaciones con interés y los *paraphernalia*, los cuales se limitan á sus ropas y

(1) *Separate estate.*

alhajas. La mujer continúa siendo dueña de sus inmuebles ó *bienes reales*, pero el marido tiene el derecho de administrarlos y de disponer de todas las rentas y productos de ellos durante el matrimonio. Se dice comunmente que la propiedad así adquirida por el marido entra en la comunidad de bienes, como si hubiera un fondo comun para provecho de ámbos cónyuges; pero como el marido tiene el absoluto derecho de uso y de disposicion segun el *jus mariti*, los bienes, nominalmente comunes, en realidad son suyos (1). A la muerte de la mujer, si hay algun hijo nacido del matrimonio y si aquélla no tiene heredero procedente de otro anterior, el marido sobreviviente tiene un derecho vitalicio á las rentas y productos de las fincas de la herencia, que se llama *cortesia*. Los derechos de los esposos, segun el Derecho comun, pueden modificarse ántes del casamiento por convenio, en virtud del cual el derecho de administracion y el *jus mariti* pueden renunciarse respecto del todo ó de parte de la propiedad de la mujer, así como puede destinarse cualquiera donacion ó legado que un extraño haya hecho á la mujer casada para su uso exclusivo y peculiar.

Por un Estatuto de la Reina Victoria (24 y 25, c. 86) dado «para reformar la legislacion relativa á los derechos conyugales en Escocia», se han introducido importantes cambios en los derechos de las mujeres casadas referentes á la propiedad.

Asignacion en favor de la mujer.—Primero: cuando una mujer casada hereda bienes ó adquiere el derecho á una propiedad por un medio que no sea el ejercicio de su propia actividad, ni el marido, ni los acreedores de éste, ni ningun otro que entable una reclamacion contra él, tendrán derecho á dicha propiedad sino á condicion de asignar ó dejar una suma suficiente para la manutencion de la mujer, si así se pide por ésta; y en caso de desacuerdo respecto de la asignacion ó cantidad que se debe fijar para dicho efecto, deberá decidirse por el Tribunal de Sesion. La peticion por parte de la mujer de esta asignacion debe hacerse ántes de que el marido ó sus apoderados hayan entrado en posesion de dicha propiedad, y ántes de que sus acreedores hayan conseguido el embargo (1) por sentencia ejecutoria.

(1) Shearer, 18 Nov. 1842.

Efectos de la separacion.—Segundo: «despues de una sentencia de divorcio *a mensa et toro*, dictada á instancia de la mujer, toda la propiedad que ésta pueda adquirir, heredar ó recobrar por derecho de devolucion, se considerará como exclusivamente suya, no existiendo respecto de ella el *jus mariti* ni el derecho de administracion del marido, pudiendo disponer aquella de todo, como si fuera soltera, y en caso de fallecer y morir intestada, pasará á sus herederos, como si su marido hubiera muerto.»

«La mujer, miéntras continúe separada, tiene capacidad para contraer obligaciones, responde de los daños y perjuicios »que cause, y puede demandar en juicio y ser demandada lo »mismo que si no estuviera casada.» El marido no es responsable por los actos verificados por la mujer durante la separacion; pero si se le ha condenado á dar á aquella alimentos, y no los satisface, responde de lo que se haya suplido á la mujer para este fin (2).

Derechos de la mujer abandonada.—Tercero: cuando una mujer es abandonada por su marido, puede dirigirse á uno de los jueces del Tribunal de Sesion en solicitud de un mandamiento para proteger la propiedad que haya adquirido por su propio trabajo, ó que haya heredado ó pueda heredar despues de ser abandonada, contra su marido, los acreedores de éste ó cualquiera que reclame algo del mismo. Una vez concedido y notificado tal mandamiento de proteccion, la propiedad de la mujer le pertenece del mismo modo que si fuera soltera, y dicho auto produce el efecto de una sentencia de separacion *a mensa et toro*, con respecto á la propiedad, derechos y obligaciones del marido y de la mujer, y á la capacidad de la mujer para comparecer en juicio. Esta proteccion, sin embargo, no alcanza á la propiedad de la mujer cuya legítima posesion hayan obtenido el marido ó sus apoderados, ó cuyo embargo hayan conseguido por sentencia ejecutoria los acreedores de aquel ántes de la fecha de la demanda.

(1) Sect. 6.
(2) Sect. 16.

Antes del Estatuto de la Reina Victoria (18, c. 23), cuando una mujer moria ántes del marido, sus parientes más próximos ó sus representantes tenian derecho á una parte de los bienes comunes, consistiendo en una mitad cuando no habia descendiente, y en una tercera parte cuando los habia; pero como la concesion de semejante derecho producia grandes daños á los intereses del marido y de su familia, se derogó en la seccion sexta de dicho Estatuto, ordenando que en el caso de fallecer una mujer ántes del marido, sus parientes no tendrán derecho á parte alguna de los bienes comunes.

Derechos de la mujer despues de la muerte del marido.—Cuando el marido muere, la mujer sobreviviente, si no se le ha señalado por convenio ninguna asignacion, tiene derecho al *terce*, ó sea á la renta de por vida de una tercera parte de la propiedad hereditaria que tenia el marido. Tiene derecho tambien al *jus relictæ*, que es una parte de los bienes muebles libres, ó bienes comunes, que es una mitad cuando no hay hijos del matrimonio, ó cuando el marido no los ha dejado de otro matrimonio anterior, y solamente una tercera parte cuando hay hijos. La asignacion legal, en favor de la viuda, del *terce* y del *jus relictæ*, á ménos que no se hayan prohibido por convenio celebrado ántes del matrimonio ó renunciado mediante la aceptacion de asignaciones convencionales en sustitucion de aquella, no puede dejarse de llevar á efecto, y no depende por tanto de la buena voluntad del marido, como sucede con los derechos correspondientes de la viuda en Inglaterra á la dote y á una parte de los bienes muebles.

Derechos de las mujeres casadas respecto de la propiedad.—Al contrario del Derecho Romano, que concedia gran libertad á las casadas en lo relativo á su propiedad, el Derecho en los tiempos modernos las sujeta á duras restricciones. «El »Código Napoleon» se ha dicho «está influido por los principios »del Derecho Romano, tocante á las facultades de las mujeres »casadas; pero el Derecho escocés sigue un rumbo opuesto. »Los sistemas que ménos favorecen á las casadas son invariablemente los que han seguido al Derecho Canónico. El *Derecho comun* inglés, así como el escocés, son muy severos en »cuanto á las incapacidades que respecto de la propiedad imponen á las mujeres casadas, y la doctrina de ámbas ha »sido tomada en gran parte de los canonistas (1).» Aunque la legislacion reciente ha mejorado esencialmente la condicion de las mujeres casadas, preciso es reconocer que queda aún mucho por hacer para suavizar el rigor del *Derecho comun*, respecto de las relaciones conyugales en una y otra region de la isla, pero más particularmente en Inglaterra.

V.—Derecho español.

Matrimonio civil.—Se estableció en España por la ley de 17 de Junio de 1870, que obliga á todos á celebrarlo ante el juez municipal y dos testigos mayores de edad. Pero por Real decreto de 9 de Febrero de 1875 se restableció el matrimonio *canónico*, reconociéndole efectos jurídicos, dejando el *civil* sólo para los no-católicos.

Consentimiento paterno.—Lo necesitan para casarse el hijo de familia que no ha cumplido veintitres años, y la hija que no ha cumplido veinte.

Efectos generales del matrimonio.—Estos se expresan en el capítulo V de la ley de Junio de 1870, el cual no ha sido derogado por el decreto de Febrero de 1875, pero que no alcanza á las provincias donde rije el Derecho foral. El marido debe tener en su compañía y proteccion á la mujer, la cual no puede administrar sus bienes, ni los de su marido, ni comparecer en juicio, ni celebrar contratos, ni adquirir por testamento ó abintestato sin licencia de su marido, á no ser en los casos y con las formalidades y limitaciones que las leyes prescriben; pero no la necesita para otorgar testamento.

Se presumen hijos legítimos los nacidos despues de los ciento ochenta dias siguientes á la celebracion del matrimonio, y ántes de los trescientos siguientes á su disolucion ó á la separacion de los cónyuges.

Propiedad de la familia.—El régimen del *Derecho comun* es una combinacion del sistema *dotal* y del de *gananciales*. Las *arras* son derivacion de la antigua dote germana; los *bienes parafernales* son aquellos en que la mujer conserva la

(1) Sumner Maine, *Ancient Law*, pp. 159, 160.

propiedad y la administracion; las *donaciones esponsalicias*, los obsequios que ántes de contraer matrimonio suelen hacerse los esposos en prenda de cariño; y las *donaciones propter nuptias* las que los padres hacen á sus hijos para sostener las cargas del matrimonio.

Derecho foral.—En Cataluña los padres suelen otorgar en una escritura, llamada de capítulos matrimoniales, al hijo primogénito, por lo general, una donacion que se denomina *heredamiento universal*, porque aquel instituye á éste heredero para despues de su muerte, pero reservándose cási siempre el usufructo y la libertad de vender é hipotecar.

Si no es el hijo el primogénito, le señala una cantidad en pago de su legítima ó le da medios para establecerse. A la hija señala el padre su porcion legítima, que se constituye en dote, y por parte del suegro ó marido se otorga á ésta un esponsalicio, llamado *excreis aument* ó *donacio per noces*. No se conoce la *sociedad legal*, y la viuda tiene el *derecho de viudedad* con ciertas limitaciones.

En Aragon los cónyuges pueden estipular lo que estimen oportuno respecto de sus bienes. Llámase *firma de dote* lo que el marido da á la mujer además de asegurar su dote. La *sociedad legal* la regula el fuero á falta de convenciones entre los esposos, prorogándose á veces despues de la muerte de uno de éstos entre el superviviente y los herederos de premuerto. La *viudedad* ó *usufructo foral* es el que tiene el cónyuge sobreviviente en los bienes *sitios* que fueron de la propiedad del premuerto.

En Navarra se conocen las *arras*, la *dote romana*, los *bienes parafernales*, la *donacion propter nuptias*, el sistema de gananciales ó *conquistas*, y el *usufructo foral*.

En Vizcaya existe la *sociedad legal*, que es una *comunidad* completa cuando hay hijos.

CAPÍTULO VI.

DEL DIVORCIO.

SUMARIO.=I. DERECHO ROMANO.—El divorcio existió siempre en Roma.—Se hizo muy comun á fines de la República.—Leyes imperiales para refrenar este abuso.—No era necesari auna sentencia judicial.=II. DERECHO FRANCÉS.—El divorcio fué permitido despues de la Revolucion.—Causas de divorcio segun el Código Napoleon.—Abolicion del divorcio en 1816.=III. DERECHO INGLÉS.—Antes de 1858 no se permitia el divorcio.—Actualmente está autorizado.—Separacion judicial.=IV. DERECHO ESCOCÉS.—Divorcio por adulterio y abandono.—Marido y mujer tienen iguales derechos.—Efectos del divorcio.=V. DERECHO ESPAÑOL.—Divorcio.—Disolucion y nulidad.

El matrimonio romano se disolvia por la muerte de uno de los cónyuges y por el divorcio.

El divorcio existió siempre en Roma.—El divorcio existió en todo tiempo en Roma. En los primitivos era poco frecuente; pero es difícil aceptar como cierta la tradicion referida por Aulio Gellio, segun la que Calvisio Ruga fué el primero que se divorció de su mujer en el año 523 de la fundacion de Roma.

El divorcio, segun el Derecho Romano, era la disolucion de un matrimonio legítimo durante la vida de los esposos, por la voluntad de uno de ellos ó de ámbos. En este asunto los Romanos partian del principio de que, siendo el matrimonio una union libre, fundada en el mútuo consentimiento, podian en cualquier tiempo ponerle un término los mismos interesados. Ni áun la *conventio in manum*, cualesquiera que fueran los efectos que produjera antiguamente, podia limitar en tiempo de Gayo la libertad de la mujer para solicitar el divorcio (1). Segun el Derecho nuevo, no podia existir este impedimento; así que la peticion del divorcio competia igualmente á ámbos esposos, sin que tuviera en un principio esta libertad otro lí-

(1) Gayo, 1, 137.

mite que los sentimientos de moralidad y la opinion pública, pues no existian prohibiciones legales.

Se hizo muy comun á fines de la República.—Durante un largo período los Romanos no abusaron del divorcio; pero hácia fines de la República y comienzo del Imperio, cuando la corrupcion de las costumbres se hizo general, el divorcio se extendió de una manera increible. Se contraian los matrimonios ligeramente, y se disolvian por un capricho. Syla, César, Pompeyo, Ciceron y Marco Antonio se separaron de sus mujeres, y Augusto no vaciló en seguir su ejemplo. En la misma época, los divorcios á peticion de las mujeres eran muy frecuentes. Séneca nota esta relajacion de las costumbres, y Juvenal (6, Sat. 20) refiere un ejemplo notable de una matrona Romana que en cinco años habia conocido ocho maridos.

Leyes imperiales para refrenar este abuso.—Para poner freno á esta deplorable corrupcion, se dictaron leyes imponiendo severas penas á aquellos cuya mala conducta conducia al divorcio, y algunas Constituciones imperiales señalaron las causas que debian estimarse justas para autorizar el divorcio. Estas penas alcanzaban, no sólo al esposo cuya vida desarreglada daba motivo al divorcio, ó que repudiaba espontáneamente, sin motivo justo, sino tambien contra ámbos cónyuges, cuando sin razones legales bastantes disolvian la union de comun acuerdo: *bona gratia*. A pesar de esta sancion penal, el divorcio quedó enteramente al libre albedrío de los esposos.

No era necesaria una sentencia judicial.—Entre los Romanos no se necesitaba para el divorcio la sentencia de un juez, ni eran necesarios los procedimientos judiciales. Se consideraba un acto privado, aunque se solia hacer una expresa declaracion del designio. Hubo un tiempo en que llegó á ser costumbre que uno de los esposos anunciara el divorcio al otro por medio de una carta entregada por un liberto en presencia de siete testigos, que habian de ser ciudadanos Romanos y que hubieran pasado la edad de la pubertad, lo cual, sin duda, tenia por objeto procurarse pruebas muy claras de un hecho que tan importantes consecuencias producia en cuanto á los derechos civiles de los interesados.

Cuando el matrimonio se disolvia por la muerte del marido ó por el divorcio, la mujer estaba obligada á no contraer un nuevo enlace ántes del año. Si violaba esta prohibicion, incurria en la nota de infamia además de otras penas (1).

II.—Derecho francés.

En los tiempos modernos ha habido mucha divergencia de opiniones entre los juristas y teólogos tocante á la justicia de la disolucion del matrimonio por medio del divorcio. Algunos de los primeros Padres de la Iglesia permitian el divorcio en caso de adulterio, como lo hace actualmente la Iglesia griega; pero la Iglesia Romana adoptó la opinion de San Agustin y del Concilio de Trento, y declaró que el matrimonio era un Sacramento é indisoluble. Por esto los canonistas sólo admiten la separacion *a mensa et toro* en caso de adulterio.

El divorcio fué permitido despues de la Revolucion.—Antes de la Revolucion, el Derecho francés habia adoptado el principio de que el matrimonio era indisoluble. Pothier dice terminantemente: «No puede deshacerse un matrimonio una vez que se haya contraido de un modo válido, porque, habiendo formado Dios mismo el vínculo del matrimonio, ningun poder humano puede disolverlo (2).»

Causas de divorcio segun el Código Napoleon.—Abolicion del divorcio en 1816.—La ley del 20 de Setiembre de 1792 permitió el divorcio en Francia, y fué confirmada despues en el Código civil (arts. 229, 230 y 231), que autorizaba el divorcio por las siguientes causas: 1.ª adulterio de la mujer ó del marido, si tenia una concubina en la propia casa; 2.ª ultrajes ó malos tratamientos de parte de cualquiera de los cónyuges; 3.ª condenacion á una pena infamante; 4.ª en un número limitado de casos, por mútuo consentimiento, pero sólo con las condiciones y limitaciones que se especifican, y que tienen un carácter sumamente extricto. Despues de la restauracion de los Borbones, la ley de 8 de Mayo de 1816 abolió el divorcio, conservándose aún la separacion judicial por justos y deter-

---

(1) C. 5. 17, 8 y 9. N. 22, c. 16.—Mackeldy, § 573. Compárese con el *Código Napoleon*, art. 228.
(2) Pothier, *Traité du contrat de Mariage*, part. 6, c. 1, art. 3.

minados motivos. En 1830 y en 1848 se intentó restablecer el divorcio, pero sin éxito (1).

III.—Derecho inglés.

Antes de 1858 *no se permitia el divorcio.*—Al tener lugar la Reforma, los protestantes rechazaron la doctrina católica de que el matrimonio fuera un sacramento é indisoluble. En algunos países protestantes, sin embargo, los Tribunales eclesiásticos se adhirieron al antiguo Derecho Canónico de Europa, y hasta una fecha reciente el Derecho inglés no admitia que un matrimonio válidamente contraido pudiese rescindirse por el divorcio. Cuando no existia un impedimento canónico, nada ménos que un Acta del Parlamento era necesaria para autorizar el divorcio *a vinculo matrimonii;* pero á veces las personas de distincion, á quienes no les dolia el gasto, obtenian Actas privadas para disolver el matrimonio á causa de adulterio de la mujer, ó de adulterio, con circunstancias agravantes, del marido (2). Tan arraigado estaba este principio en el Derecho inglés, que en el caso de Lolly, en el que resultaba que los interesados se habian casado en Inglaterra y divorciado en Escocia, y el marido habia vuelto á casarse en Inglaterra, fué juzgado y sentenciado aquel como reo de bigamia, habiendo sido dictado el fallo unánimemente por todos los jueces de *Derecho comun*. Los Tribunales ingleses reconocian, sin embargo, la separacion ó el divorcio *a mensa et toro* por ciertas faltas de los cónyuges, como el adulterio y los malos tratamientos.

El divorcio está autorizado actualmente.—Un Estatuto de la Reina Victoria (20 y 21, c. 85), que comenzó á regir en Enero de 1858, autorizó el divorcio en Inglaterra, y desde entónces el Tribunal creado para entender en las causas matrimoniales no ha estado ocioso.

Un marido puede obtener de este Tribunal el divorcio por adulterio de la mujer. Generalmente el cómplice está obliga-

(1) Paillet, *Manuel de Droit Français*, 8.ª ed., p. 69. Bouillet, *Dict. des Sciences*, Divorce.
(2) Dr. Harris. Justinian's Institutes, p. 30.

do á comparecer en el pleito, y el Tribunal puede condenarle al pago de daños y perjuicios, y tambien en costas, ó absolverlo; pero no puede el marido demandar sólo al adúltero en reclamacion de daños (1).

El abandono de uno de los esposos de parte del otro, por mucho que haya durado, no es motivo de divorcio.

En cuanto á la mujer, no puede pedir el divorcio alegando como única causa el adulterio del marido; pero puede obtenerlo en el caso de que el marido sea culpable de adulterio incestuoso, ó de bigamia con adulterio, ó de adulterio acompañado de sevicia ú otras circunstancias agravantes, ó de adulterio acompañado de abandono durante dos años consecutivos sin motivo razonable (2).

Si de parte del solicitante ha habido complicidad ó connivencia en el adulterio, ó si lo ha perdonado, ó si la demanda se presentara ó se prosiguiera por comun acuerdo de las partes, no procede el divorcio. Además, el Tribunal no puede autorizarlo si el mismo solicitante ha cometido igual falta durante el casamiento, ó si ha demorado más allá de lo racional la presentacion de la demanda, ó si ha tratado con crueldad á su consorte, ó si la ha abandonado, ó si se ha separado voluntariamente del otro cónyuge ántes del adulterio sin un motivo razonable, ó si se ha conducido de tal manera que la ha puesto en el camino del adulterio (3).

Una vez que la sentencia que autoriza el divorcio es ejecutoria, los interesados son libres de volver á contraer otro matrimonio, como si el vínculo anterior hubiera sido disuelto por la muerte (4).

Separacion judicial.—El marido ó la mujer pueden solicitar del mismo Tribunal una separacion judicial, llamada divorcio *a mensa et toro*, alegando como causa el adulterio ó el abandono por dos ó más años sin motivo justificado (5). Dictada la sentencia por la que se autoriza la separacion judicial, la mujer se considera como *mujer sola* (6) tocante á todos los

(1) 20 y 21, Vict., c. 85; 21 y 22, Vict., c. 108.
(2) 20 y 21, Vict., c. 85, s. 27.
(3) 20 y 21, Vict., c. 85, s. 30, 31.
(4) Ibid., s. 57.
(5) 20 y 21, Vict., c. 85, s. 16.
(6) *Femme sole.*

bienes que despues pueda adquirir ó heredar, y puede demandar ó ser demandada como si fuera soltera; y por otro lado, el marido no está obligado á pagar las deudas de ella, á excepcion de lo que tenga que abonar á aquellos á quienes debe la mujer por no pagar él lo que se ha señalado á la misma por el Tribunal en concepto de alimentos (1).

IV.—Derecho escocés.

Divorcio por adulterio y abandono.—Segun el Derecho escocés, el marido ó la mujer pueden pedir el divorcio por motivo de adulterio ó de abandono voluntario durante cuatro años sin causa justificada, atemperándose á las formas prescritas en el Estatuto de 1573, c. 55, en la parte que está aún vigente (2).

Marido y mujer tienen iguales derechos.—En lo relativo á las demandas de divorcio en Escocia, la mujer tiene exactamente los mismos derechos que el marido. Si ella puede probar el adulterio ó el abandono durante cuatro años de parte del marido, tiene derecho para incoar una demanda de divorcio, de la misma manera que el adulterio ó el abandono da derecho al marido para hacer lo mismo.

La demanda de divorcio ha de entablarse ante el Tribunal de Sesion, y el derecho de incoarla es personal del marido ó de la mujer. Como preliminar, el demandante tiene que prestar juramento de que la demanda no es un amaño entre las partes. En éstas y en todas las demandas consistoriales se debe citar personalmente al demandante cuando no reside en Escocia; pero habiendo pruebas bastantes de que el demandado no puede ser habido, entónces será suficiente la citacion por edictos; pero siempre que se hace la citacion en esta forma, debe emplazarse tambien á los hijos del matrimonio si los hubiera, y á uno ó más de los próximos parientes del demandado, cuando unos y otros tienen su residencia en el Reino-Unido, y estos

(1) Ibid., s. 25, 26.
(2) Ersk. 1, 6, 43. Fraser, Per. y Dom. Relations, t. I, p. 652. El Estatuto de la Reina Victoria (24 y 25, c. 86, s. 11) se propuso al parecer derogar las formas del Estatuto de 1573; pero desgraciadamente la cláusula no es clara ni terminante.

hijos y próximos parientes pueden comparecer en el pleito y alegar lo que proceda, hayan sido ó no citados, y ya residan ó no en el país.

Cuando el marido pide el divorcio por adulterio, puede citar al cómplice de la mujer como correo, y el Tribunal puede condenarle al pago de todas ó parte de las costas, ó absolverle segun proceda en justicia.

En caso de adulterio no procede el divorcio si ha habido condonacion ó perdon, así como si ha intervenido amaño ó connivencia. El que el demandante sea culpable tambien de adulterio no puede alegarse como excepcion para impedir que prospere la demanda; pero puede utilizarse en este caso una accion contraria en cuanto la culpabilidad de ámbas partes puede afectar á los intereses patrimoniales de los cónyuges (1).

Efectos del divorcio.—El efecto legal del divorcio cuando tiene por causa el abandono voluntario, segun el Acta de 1573, c. 55, es que el marido delincuente está obligado á devolver la dote (*dos, tocher*) y á pagar á la mujer todo lo que se le haya asignado por ley ó por convenio; y la mujer culpable pierde su *terce* y todo lo que le hubiera correspondido si el matrimónio se hubiera disuelto por el fallecimiento del marido. Por analogía, las mismas consecuencias se han extendido á los divorcios que tienen por causa el adulterio, con la sola excepcion de que al parecer se ha decidido, fundándose en razones de dudoso valor, que el marido culpable, en caso de divorcio por adulterio, no está obligado á devolver la dote (2).

Una vez autorizado el divorcio, los interesados pueden libremente casarse; pero el Estatuto de 1600, c. 20, anula el matrimonio contraido por el adúltero con el que haya resultado ser su cómplice segun la sentencia de divorcio.

V.—Derecho español.

Divorcio.—Respecto de los matrimonios *canónicos*, rije en éste como en todos los puntos relativos á esta institucion la

(1) 24 y 25, Vict., s. 7.
(2) Fraser, Per. and Dom. Relations, t. I, p. 666, 672.

legislacion de la Iglesia, puesta de nuevo en vigor por el Decreto de Febrero de 1875. La ley de Junio de 1870 tampoco admite el divorcio absoluto al declarar que no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan sólo la vida comun de los cónyuges y sus efectos cuando existe alguna de las ocho causas que se enumeran en el art. 85.

Disolucion y nulidad.—Segun la ley de 1870, el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges. Es nulo el matrimonio celebrado por el que carezca de alguna de las circunstancias de aptitud exigidas por la ley ó mediando alguno de los impedimentos que se fijan; el que no se contrajere con autorizacion del juez municipal competente y á presencia de dos testigos mayores de edad; el contraido por error en la persona, por coaccion ó miedo grave que vicien el consentimiento, y el contraido por el raptor con la robada, miéntras que ésta se halle en su poder, salvo, respecto de los dos últimos casos, que no se haya reclamado la nulidad en el período de seis meses.

CAPÍTULO VII.

DE LA LEGITIMACION DE LOS HIJOS NATURALES.

SUMARIO.=Quiénes son hijos legítimos.—Legitimacion por subsiguiente matrimonio.—Limitacion de esta legitimacion á los hijos nacidos en concubinato.—Dos clases más de legitimacion.—Se extiende á los bastardos por el Derecho canónico.—La legitimacion es rechazada por el Derecho inglés.—El Derecho francés la admite.—Derecho escocés.—Derecho español.

Quiénes son hijos legítimos.—Aparte de los efectos de la legitimacion, el Derecho Romano sólo consideraba hijos legítimos en el momento de su nacimiento á los habidos en matrimonio. Es una peculiaridad del Derecho inglés, que no atiende á la concepcion, sino que estima un hijo legítimo cuando ha nacido de padres casados al tiempo de su nacimiento, aunque fueren solteros cuando se engendró (1).

Legitimacion por subsiguiente matrimonio.—La legitimacion de los hijos *per subsequens matrimonium* es debida á una Constitucion de Constantino, que se ha perdido, pero cuyo tenor se encuentra en otra del Emperador Zenon, que la renovó (2). Su sentido era que las personas que habian vivido en concubinato, condicion social no condenada por las costumbres romanas, podian legitimar mediante el casamiento á los hijos nacidos en aquel estado, con tal que la mujer fuera *ingenua* y el hombre no tuviera hijos de una mujer legítima. El fin de esta ley probablemente era el estimular á las personas que vivian en concubinato á que contrajesen matrimonio. Justiniano ensanchó el principio de Constantino, declarando que los hijos nacidos de concubina podian ser legitimados, tuviera ó no el padre hijos de una mujer legítima, y

---

(1) Stephen. *Commentaries on the Laws of England*, 4.ª ed., t. 2, p. 289.
(2) C. 5, 27, 5.

derogó la distincion tocante á la condicion de *ingenua* ó *libertina* de la mujer. Los hijos legitimados de esta manera estaban sujetos á la pátria potestad y tenian todos los derechos de hijos legítimos (1).

Limitacion de esta legitimacion á los hijos nacidos en concubinato.—Segun el Derecho Romano, el privilegio de legitimacion *per subsequens matrimonium* se limitaba estrictamente á los hijos de concubina, y no alcanzaba á otras clases de bastardos.

Dos clases más de legitimacion.—Otra clase de legitimacion, la *per oblationem curiæ*, fué introducida por Teodosio II, (443 de J.) Como las obligaciones de un *decurion* eran muy onerosas y de gran responsabilidad, el hijo natural que se encargaba de tal oficio se hacia de este modo legítimo. Una hija natural que se casaba con un *decurion* obtenia el mismo privilegio. Finalmente, Justiniano añadió una tercera clase de legitimacion, la *per rescriptum principis*, cuando el Emperador declaraba legítimos á hijos naturales, mediante la solicitud del padre en circunstancias especiales; como, por ejemplo, cuando el casamiento con la concubina era imposible, y no existian hijos legítimos; ó cuando el padre, no habiendo podido por causas fortuitas legitimar á sus hijos naturales, declaraba en su testamento que debian heredarle como hijos legítimos y herederos abintestato (2).

Se extiende á los bastardos por el Derecho canónico.—La doctrina de la legitimacion por subsiguiente matrimonio se introdujo al parecer en el Derecho canónico por dos Constituciones del Papa Alejandro II conservadas en las Decretales de Gregorio IX (3). El Derecho canónico fué más indulgente que el Derecho Romano al conceder el privilegio de la legitimacion, no sólo á la prole habida en concubinato, sino tambien á hijos nacidos de la fornicacion cuando se casaban despues los padres, con tal que éstos tuviesen la capacidad de contraer matrimonio al tiempo de la cohabitacion.

La legitimacion es rechazada por el Derecho inglés.—La legitimacion por subsiguiente matrimonio nunca ha sido ad-

(1) I. 1, 10, 13. C. 5, 27, 10.
(2) N. 74, ch. 1, 2.—N. 89, ch. 9, 10.—Mackeldy, § 587.
(3) Decretal, 4, 17, 1 y 6.

mitida en la legislacion inglesa. Cuando el clero se empeñó en introducir esta regla del Derecho canónico, se rechazó con indignacion en el famoso Estatuto de Merton, declarando los barones ingleses unánimes, *quod nolunt leges Angliæ mutare quæ huc usque usitatæ sunt et approbatæ* (1). Desde los tiempos más remotos, el Derecho inglés ha considerado al niño nacido con anterioridad al matrimonio (*ante natus*) como ilegítimo. Y se ha resuelto que áun en el caso de haber nacido el hijo en un país extranjero, y haberse los padres casado despues en este mismo país, cuyo derecho permite la legitimacion por subsiguiente matrimonio, es incapaz, sin embargo, de heredar propiedad inmueble en Inglaterra (2) *.

El Derecho francés la admite.—De otro lado, la regla del Derecho canónico, que permitia la legitimacion de todos los bastardos, con tal que no fuesen incestuosos ó adulterinos, ha sido admitida tanto en Francia, como en Escocia, no por la autoridad de las Decretales, si no en razon de la equidad y utilidad de la misma regla. El Código Napoleon declara (artículos 331, 332 y 333): 1.°, los hijos nacidos fuera del matrimonio, excepto los incestuosos ó adulterinos, pueden legitimarse por el subsiguiente matrimonio de los padres, siempre que los hijos hayan sido reconocidos legalmente ántes del casamiento ó en el mismo acto de celebrarlo; 2.°, la legitimacion puede tener lugar á favor de hijos muertos que han dejado descenden cia, y en este caso surte sus efectos en beneficio de ésta;

(1) Estatuto de Merton, 29, Henrique III.
(2) * El Derecho francés parece terminante en un punto, en que el de Escocia es dudoso, y hasta en el Romano asunto de controversia. Segun la ley francesa, un hijo *concebido* en adulterio no puede legitimarse, áun cuando los padres puedan al tiempo de su nacimiento casarse (23 Mayo 1838, Le Havre, Recuiel General, par MM. Villeneuve et Carrette, 40, 2, 463; Merlin Rep. V. *Legitimation*, sect. 2, § 2, núms. 6 y 7.) Respecto del Derecho Romano, Voet (XXV, 7 y sig.) y otros afirman que no se puede legitimar, miéntras que Pothier sostiene lo contrario. Tr. de Mariage. Par. c. 2, núm. 415). Las opiniones de los juristas escoceses pueden verse en Bankton, I, 5, 54 y Erskine, 1, 6, 49 y 52, y el Lord Canciller en Monro, 1, Rob. Ap. Ca. 492. El Derecho francés difiere del Romano, del canónico y del escocés al exigir que los hijos sean reconocidos como tales por los contrayentes ántes del casamiento ó al tiempo de la celebracion. Despues del casamiento todo reconocimiento es nulo (15 de Mayo de 1816, Douai, Sirey, 16, 2, 337). Esta regla impide las averiguaciones, tan frecuentes en los tribunales escoceses (siempre difíciles y costosas), sobre si la persona que reclama el beneficio de la legitimacion es, *de facto*, hijo de las dos partes segun él pretende.

3.°, los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio tendrán los mismos derechos que si hubieran nacido de este matrimonio.

Segun el Derecho francés, el matrimonio hace legítimos á los hijos procedentes de relaciones ilícitas, aunque uno de los esposos hubiese contraido matrimonio con una tercera persona despues de haber tenido aquellas relaciones y de haber nacido el hijo, y los padres no se hubiesen casado sino despues de la disolucion de aquel otro matrimonio. Como el hijo legitimado se considera como nacido del matrimonio que le ha hecho legítimo, no tiene derecho á una sucesion que ha ocurrido ántes de dicho matrimonio, aunque con posterioridad á su nacimiento. Por la misma razon no puede reclamar preferencia alguna, alegando la prioridad de nacimiento, en cuestiones de sucesion, en competencia con los hijos del otro matrimonio (1).

Derecho escocés.—En el pleito entre Kerr y Martin que se discutió ámpliamente en el Tribunal de Sesion, se suscitó la cuestion de si el matrimonio de uno de los padres con una tercera persona, despues del nacimiento de un hijo natural, era un impedimento para que se verificara la legitimacion por el subsiguiente matrimonio de los padres. Aunque hubo variedad de pareceres entre los jueces, el Tribunal decidió por mayoría que el hijo seria legitimado y que el matrimonio anterior no era un obstáculo (2).

En Escocia, la legitimacion por medio del matrimonio confiere al bastardo la condicion de hijo legítimo. Además de tener derecho á la legítima, puede ser llamado á heredar á los hijos legítimos. En cualquiera cuestion con los hijos habidos por los padres del bastardo en legítimo matrimonio, goza el legitimado de los mismos derechos civiles tocante á la sucesion que si hubiera nacido de legítimo matrimonio. Pero cuando hay descendencia legítima del matrimonio intermedio de uno de los padres con una tercera persona, el hijo legitimado por un segundo matrimonio parece que debe de ser sólo hijo legítimo de la familia en cuanto ha llegado á serlo por el segundo matrimonio, y por esto se estima que con respecto á

(1) Paillet, *Manuel de Droit Français*, 8.ª ed., p. 84.
(2) Kerr y Martin, 1840, 2, D. B. M., p. 750.

la primogenitura ó prioridad de nacimiento, no puede alegar derecho preferente, el cual produciria el efecto de perjudicar los derechos de sucesion que al nacer tenian los hijos del primer matrimonio. Conforme á esta regla, si el padre ha tenido un hijo natural, y despues un hijo legítimo de un matrimonio con una tercera persona, y luego contraia un segundo matrimonio con la madre del bastardo, el hijo legítimo del primer matrimonio tendria derecho á la herencia escocesa *ab intestato*, y no podria ser privado de este derecho por la legitimacion del hijo natural mediante el segundo matrimonio (1).

Derecho español.—Se conocen dos especies de legitimacion: por subsiguiente matrimonio y por concesion del Soberano, entre las cuales hay algunas diferencias, que tienden á borrar las legislaciones de Cataluña y Aragon.

(1) Fraser, *Per. and Dom. Relations*, t. II. p. 18.

CAPÍTULO VIII.

DE LA ADOPCION.

SUMARIO.=La adopcion era de dos clases.—Definicion de la *adrogatio*.—Condiciones de la adopcion.—Efectos de la adopcion.—Frecuencia de la adopcion en Roma.—La adopcion en Francia.—En la Gran Bretaña no hay adopcion.—Derecho español.

Entre los Romanos el parentesco entre padre é hijo procedia del matrimonio ó de la adopcion.

Dos clases de adopcion.—Habia dos géneros de adopcion: *adoptio*, llamada así en sentido extricto, y *adrogatio*. La primera era la ceremonia, en virtud de la cual una persona que estaba bajo la pátria potestad, fuera hijo ó nieto, pasaba al poder de quien la adoptaba. En los tiempos antiguos la persona que iba á adoptarse era emancipada *per æs et libram*, y se entregaba al padre adoptante segun la fórmula legal llamada *in jure cessio*. Más tarde la adopcion se efectuaba con la intervencion de un magistrado que tenia jurisdiccion bastante para el caso, como, por ejemplo, el pretor en Roma ó un gobernador en las provincias.

Definicion de la adrogatio.—Cuando la persona que debia adoptarse era *sui juris*, y no estaba bajo la pátria potestad, la ceremonia de la adopcion se llamaba *adrogatio*. Antiguamente esta sólo podia verificarse con la intervencion del pueblo en los *comicios curiados;* pero durante el Imperio se necesitaba un rescripto imperial. Si eran pupilos los adoptados en esta forma, el padre adoptante estaba obligado á prestar fianza para garantizar la devolucion de la propiedad de aquellos, si mueren dentro de la pubertad, á sus legítimos herederos, y á restituirla á ellos mismos si se emancipaban por justa causa (1).

---

(1) I, 1, 11. D. 1, 7. C. 8, 48.

Condiciones de la adopcion.—Todo hombre, casado ó soltero, podia adoptar siempre que tuviera capacidad para contraer matrimonio. Antiguamente se negaba esta capacidad á las mujeres, porque no podian tener á nadie bajo su potestad; pero este principio se cambió en tiempo de Diocleciano, y se permitió á las mujeres que adoptasen para consolarlas de la pérdida de sus hijos, pudiendo así aquellas tener á su lado los hijos que no estaban bajo su potestad, pero que adquirian así cierto derecho á sucederla (1).

Ninguna persona podia adoptar á otra de más edad que ella, porque la adopcion imita á la naturaleza, y no parece natural que un hijo tenga más edad que su padre (2). Se exigia, por lo mismo, que el adoptante tuviera toda la edad de la pubertad, es decir, diez y ocho años, más que la persona adoptada (3). Durante la República, los patricios que querian llegar á ser tribunos del pueblo se hacian adoptar por plebeyos, de lo cual es un ejemplo lo sucedido con Clodio, el enemigo de Ciceron, que fué adoptado por un plebeyo más jóven que él, en manifiesta contravencion de lo establecido, segun resulta de las Instituciones.

Una persona que no tenia hijos, podia, segun el Derecho Romano, adoptar á un nieto; pero si tenia un hijo, no podia adoptar á un nieto sin consentimiento de aquel. En la adopcion comun sólo una persona pasaba á poder del padre adoptante; pero si uno que tenia hijos bajo su potestad se daba en arrogacion, tanto él, en concepto de hijo, como sus hijos en el de nietos, quedaban sometidos á la potestad del adoptante. Augusto no adoptó á Tiberio, que le sucedió en el Imperio, hasta tanto que éste hubo adoptado á su sobrino Germánico, lo cual produjo el efecto de que vinieron á ser Tiberio hijo y Germánico nieto de Augusto al mismo tiempo.

A fines de la República se introdujo la costumbre de declarar en un testamento, que el testador consideraba á cierto ciudadano como hijo suyo. La persona así indicada, despues de alcanzar una confirmacion de esta declaracion por un plebiscito, tenia el derecho de heredar al finado; pero esto,

(1) I. 1. 11, 10.
(2) I. 1, 11, 4.—D. 1, 7. 40, 1.
(3) Ibid.

bien mirado, no era un caso de adopcion, y sí más bien un modo especial de nombrar heredero.

Efectos de la adopcion.—Por el antiguo Derecho civil, la adopcion creaba la relacion de padre á hijo para todos los fines prácticos, exactamente lo mismo que si el hijo adoptivo hubiera sido habido por el padre adoptante en matrimonio legítimo. El hijo adoptado salia por completo de su propia familia y entraba en la del padre adoptante, sometiéndose á la pátria potestad de su nuevo padre, y adquiriendo la consiguiente capacidad de suceder. El hijo adoptado añadia á su nombre el de su padre adoptante, modificándolo con la terminacion *ianus*. Un Escipion adoptado por Emilio, se llamó *Scipius Emilianus* (1). La adopcion no afectaba á los cargos públicos; así, que un Senador adoptado por un plebeyo, continuaba siendo Senador.

En la práctica surgian sérios inconvenientes de la obligacion impuesta al hijo adoptivo de abandonar su familia natural, porque si despues su padre adoptante le emancipaba, no tenia derechos hereditarios como agnado en ninguna de las dos familias. Para evitar este inconveniente, Justiniano hizo una distincion entre la adopcion por un extraño y la adopcion por un ascendiente, como, por ejemplo, un abuelo. Cuando un padre de familia daba á su hijo en adopcion á un extraño, no habia disolucion de la pátria potestad, y el padre adoptante no la adquiria, aunque el hijo adoptado tenia el derecho de heredar á éste *ab intestato;* pero si se daba el hijo en adopcion á su abuelo, ó á otro ascendiente directo despues que su padre habia sido emancipado, los efectos civiles de la adopcion se mantenian y el hijo pasaba á la potestad del padre adoptante. En el primer caso, la persona adoptada continuaba perteneciendo á su familia natural, á la par que adquiria el derecho de suceder *ab intestato* al padre adoptivo. En el segundo caso, se presumia que el cariño que nace de los vínculos de la sangre, seria una traba á que el ascendiente emancipara al hijo adoptado en perjuicio de sus derechos sucesorios, aparte de la proteccion por otro lado concedida por el nuevo Derecho, in-

(1) *De Fresquet*, vol. I, p. 144.
(2) Fraser, t. II, p. 48-49.

troducido por el edicto de los Pretores y por las Constituciones de los Emperadores (1). Segun el rigor del Derecho antiguo, se podia dar en adopcion al que estaba bajo la pátria potestad sin su consentimiento; pero segun la nueva Legislacion, el hijo tenia derecho á oponerse (2).

Frecuencia de la adopcion en Roma.—La adopcion era extremadamente frecuente en Roma, y se consideraba como una institucion muy útil. Muchas familias patricias poderosas que estaban á punto de extinguirse por falta de hijos, revivieron merced á la adopcion; pero siempre se consideraba más honroso ser padre de hijos nacidos de legítimo matrimonio, que no apelar al recurso de una paternidad ficticia. Julio César, en su testamento confirmado despues de su muerte por uná *lex curiata*, adoptó á su sobrino Octavio, el cual tomó el nombre de *Cæsar Octavianus*, más conocido despues por el Emperador Augusto. Algunos de los Emperadores que no tenian hijos varones, nombraban sus sucesores al trono por adopcion; y si bien la eleccion no siempre fué afortunada, como se vé en los ejemplos de Tiberio y Neron, sin embargo, preciso es confesar que á esta costumbre debe Roma una série de príncipes incomparables, como Nerva, Trajano, Adriano y Marco Aurelio.

La adopcion en Francia.—En Francia se perdió la práctica de la adopcion despues de la primera dinastía; desapareció no sólo de las provincias regidas por el *Derecho consuetudinario*, sino tambien en las de *Derecho escrito*. Establecida de nuevo en 1792, está en la actualidad autorizada por el Código civil. La adopcion sólo se permite á personas de ámbos sexos, mayores de cincuenta años, sin hijos ni otros descendientes legítimos, debiendo tener á lo ménos quince años más que el indivíduo adoptado. Ninguna persona casada puede adoptar sin el consentimiento del otro esposo. Esta facultad sólo puede ejercerse en favor de uno que haya sido objeto de cuidados por parte del padre adoptivo durante seis años en su menor edad, ó que haya salvado la vida del padre adoptivo en casos de guerra, incendio ó naufragio. En este

(1) I, 1, 11, 2.
(2) Marezoll, § 179.

último caso, la única limitacion acerca de la edad de las partes es que el adoptante ha de tener más años que el adoptado, y ser mayor de edad. En ningun caso es posible la adopcion, si el adoptado no es mayor de edad.

La forma de la adopcion consiste en una declaracion de consentimiento hecha por las partes ante un juez de paz del lugar del domicilio del adoptante, despues de la cual se necesita la aprobacion del Tribunal de primera instancia. Verificada la adopcion, la persona adoptada conserva todos sus derechos como indivíduo de su familia natural. No adquiere derechos de sucesion á los bienes de los parientes del padre adoptivo; pero respecto de la propiedad de éste, tiene exactamente los mismos que un hijo nacido de matrimonio, aunque haya otros nacidos de matrimonio despues de su adopcion. El adoptado toma el apellido del padre adoptivo, añadiéndolo al suyo propio. No puede contraer matrimonio el adoptante con el adoptado ó sus descendientes, ni con otros que se determinan en la ley (1).

En la Gran Bretaña no hay adopcion.—La práctica de la adopcion que se acomoda más á algunas condiciones sociales que á otras, existe aún en las naciones de Oriente. Nunca se ha reconocido como institucion legal en Inglaterra, ni en Escocia.

Derecho español.—Así la Legislacion comun como la foral, aunque ésta no siempre expresamente, admiten la arrogacion y la adopcion plena y ménos plena, pero es de rarísimo uso.

(1) *Código Napoleon*, arts. 343 al 360.

CAPÍTULO IX.

DE LA PÁTRIA POTESTAD.

SUMARIO.=I. DERECHO ROMANO.—Naturaleza de la pátria potestad.—Efectos en cuanto á la persona y bienes de los hijos.—Diferentes clases de *peculium*.—La pátria potestad no afectaba á los derechos políticos.—Concepto de la familia Romana.—Agnados y cognados.—Cómo concluia la *pátria potestad*.=II. DERECHO FRANCÉS.—Obligacion recíproca de prestar alimentos.—Derechos del padre hasta la mayoría de edad ó la emancipacion.=III. DERECHO INGLÉS.—El padre es tutor de los hijos menores.—Su derecho á nombrar tutor.—Derecho de testamentificacion del padre.—Hijos ilegítimos.—IV. DERECHO ESCOCÉS.—El padre es por ley administrador de sus hijos menores.—Potestad del padre sobre los menores púberos.—Obligacion recíproca de prestar alimentos.—Hijos ilegítimos.=DERECHO ESPAÑOL.—Pátria potestad.—Peculios.—Alimentos.—Derecho foral.

I.—DERECHO ROMANO.

Ningun conocedor de las instituciones Romanas puede poner en duda la verdad de la observacion de Justiniano, que dice: «la potestad que tenemos sobre nuestros hijos es peculiar á los ciudadanos de Roma, pues no hay pueblo alguno que tenga sobre sus hijos el mismo poder que nosotros sobre los nuestros» (1).

Desarrollada tal como estaba en Roma la *patria potestas*, aunque muy á propósito para sostener la disciplina y la obediencia, lleva impreso el sello de una edad ruda. «No puede ponerse en duda,» dice Becker, «que el poder arbitrario que el padre Romano tenia sobre sus hijos era una injusticia flagrante, pues el hijo era tenido en un estado poco natural de dependencia respecto de su padre, hasta el punto de estar cási privado de su libertad personal. El error fundamental del sistema

(1) I. 1, 9, 2.

Romano consistia en extender el poder, que la naturaleza impone como un deber á los padres, de dirigir y proteger á los hijos durante la infancia, convirtiéndolo en una autoridad sobre la persona de aquellos y sus bienes, que continúa durante toda la existencia de los mismos (1).

Naturaleza de la pátria potestad.—La *patria potestas* era el poder que un padre romano tenia sobre sus hijos legítimos, y tambien sobre sus nietos y demás descendientes de un hijo que estuviese bajo su dependencia. El padre debia ser *sui juris* al nacer los hijos para poder adquirir la pátria potestad, porque si estaba en poder de otro, sus hijos caerian bajo el poder del mismo ascendiente, y la pátria potestad sólo corresponderia al padre á la muerte del ascendiente. Los nietos nacidos de una hija estaban en diferente caso que los nietos nacidos de un hijo, pues quedaban sujetos al poder, no del ascendiente del lado materno, sino al de su propio padre, ó padre de su padre, como jefe de la familia.

La pátria potestad se adquiria naturalmente mediante el nacimiento de hijos de un matrimonio legítimo, y civilmente, mediante la legitimacion y la adopcion.

Efectos en cuanto á la persona y bienes de los hijos.—En los tiempos antiguos, el padre tenia derecho de vida y muerte sobre sus hijos (*jus vitæ et necis*). Plutarco dice que Bruto sentenció sus hijos á muerte sin procedimiento judicial, no como Cónsul, sino como padre. Este podia vender como esclavos á sus hijos, segun una ley expresa de las Doce Tablas, y podia mudar su condicion personal, dándolos en adopcion á otra familia. En tiempo de la República, los censores ponian trabas á los abusos de la pátria potestad, y posteriormente los Emperadores legislaron con el fin de reducir la potestad del padre á límites racionales. Se privó al padre del poder de vida y muerte, que se confirió á los magistrados. Alejandro Severo limitó este derecho á la mera correccion, y Constantino declaró reo de homicidio al padre que matase á su hijo (318 d. J.) (2).

Habia durante el imperio la costumbre repugnante de matar ó abandonar á los recien nacidos por no tener los padres me-

(1) *Gallus*, de Becker, traducido por Metcalfe, p. 178.
(2) C. 4, 17,

dios para mantenerlos. Diocleciano y Maximiano anularon el poder que tenian aquellos de vender como esclavos á los hijos ingénuos; pero exceptuaron los recien nacidos cuyos padres estaban reducidos á una extrema miseria (1). Posteriormente no podia el padre dar en adopcion á su hijo sin el consentimiento de éste.

Segun el Derecho antiguo, el hijo que estaba bajo la potestad de su padre no podia adquirir bienes para sí, y todo lo que ganaba, como si fuera de un esclavo, pertenecia á su padre. Como consecuencia de esta doctrina, los hijos bajo potestad no podian hacer testamento; como que no tenian nada de qué disponer. Con el progreso de la civilizacion Romana este rigor de la ley llegó á suavizarse.

Diferentes clases de peculium.—El padre de familia daba con frecuencia una parte de sus bienes al hijo para que los administrase y traficase con ellos, y esto se llamaba *peculium*. Además, segun el nuevo Derecho, el hijo bajo la pátria potestad tenia capacidad para adquirir bienes, haciéndolos suyos de diferentes modos con independencia de su padre. En tiempo de Augusto y de sus sucesores, el hijo adquirió como propiedad suya exclusiva todo lo que ganaba en el servicio militar, incluyendo las donaciones y herencias de sus compañeros de armas. A esto se llamaba *peculium castrense*.

Tres siglos más tarde, en tiempo de Constantino, el hijo alcanzó el derecho á toda la propiedad adquirida en desempeño de empleos de la córte, en el ejercicio de la profesion de abogado, en las funciones de asesor ú otros cargos civiles. Las adquisiciones de este género constituian el *peculium quasi castrense*.

Respecto del *peculium castrense* y del *quasi castrense*, la propiedad pertenecia en absoluto al hijo, el cual tenia ámplio poder para disponer de ellos por actos *inter vivos* ó *mortis causa*, sin intervencion alguna de parte del padre.

Cuando el hijo recibia de su padre algo para que lo administrara, se llamaba en el nuevo Derecho *peculium profectitium*. Por regla general éste continuaba siendo de la propiedad del padre; pero el hijo lo conservaba cuando salia de la

(1) C. 4, 43, 2.

pátria potestad, cuando era nombrado para algun empleo elevado del Estado, ó cuando su padre le emancipaba sin quitárselo.

Todo lo que los hijos heredaban de la madre ó recibian de personas extrañas, y todas las adquisiciones que no procedian del padre y que no formaban parte del *castrense* ó *quasi castrense*, constituian el *peculium adventitium*. Por el Derecho de Justiniano, estas adquisiciones pertenecian en propiedad á los hijos; pero miéntras subsistiese la pátria potestad, el padre tenia el usufructo, y en el caso de emanciparse el hijo, aquél tenia el usufructo de una mitad del *peculium adventitium* durante su vida. «Así y todo, como se ha observado, la *pátria potestas* Romana resulta, considerada en este punto de su mayor moderacion, mucho más ámplia y severa que la institucion análoga de los tiempos modernos (1).»

La pátria potestad no afectaba á los derechos políticos.—Sólo el ciudadano Romano podia ejercer el despotismo doméstico de la *patria potestas*, que trascendia á todas las relaciones de la vida privada. Habia, sin embargo, una circunstancia salvadora en esta institucion, y era que nunca se consintió que influyera en el Derecho público, pues el hijo bajo potestad era en los asuntos públicos tan independiente como su padre, y tenia, lo mismo que él, el derecho de votar en las elecciones populares y el de aspirar á los cargos del Estado, siendo magistrado ó mandando ejércitos en campaña. En tiempos más recientes, cuando se promovia á un hijo á la dignidad consular y á otros empleos elevados, salia de la pátria potestad sin consultar la voluntad del padre, pero conservaba sus derechos de sucesion (2).

Concepto de la familia Romana.—La familia Romana, segun existia en los tiempos antiguos, era una reunion de indivíduos, que reconocian el poder de un sólo jefe. Todo el que estuviera bajo esta potestad, estaba dentro de la familia, y esta regla se aplicaba á las personas que por adopcion entraban bajo el mismo poder. El que se libraba de esta potestad mediante la emancipacion ó por un cambio de *status*, aunque

(1) Maine, *Ancient Law*, p. 143.—Véase Mackeldy, § 590 *et sig.* en cuanto á las diferentes clases de *peculium*.

(2) N. 81, c. 2.—Ortolan, *Institutiones*, t. II, p. 125 y 126.

fuera todavía niño ó descendiente del antepasado comun, dejaba de ser de la familia. Entre todos los que estaban unidos por el vínculo de la pátria potestad, ó que lo estarian si el ascendiente comun viviera todavía, habia el parentesco llamado *agnacion*, único que, segun el antiguo Derecho civil, conferia los derechos de familia y de sucesion.

Agnados y cognados.—Son *cognados*, en su sentido general, aquellos parientes que descienden de la misma pareja, ya sea por la línea masculina, ya por la femenina. Cuando se opone á *agnados* el término *cognados*, tiene un sentido más limitado. Los *agnados* son los miembros de la antigua familia Romana tal como la hemos descrito. Hay *agnacion* entre dos personas cuando la una está bajo la pátria potestad de la otra, ó ámbas están bajo el poder de una misma persona, ó lo estarian á no haberlo impedido una causa natural, como, por ejemplo, la muerte del padre. Son agnados solamente aquellos cuyo parentesco se deriva exclusivamente por línea masculina, quedando fuera por tanto la descendencia de las hembras. Las hijas que están en potestad son agnados de su padre, y le heredan del mismo modo que los hijos varones. Pero cuando una hija se casaba y tenia sucesion, sus hijos caian bajo la *patria potestas*, no de su padre, sino de su marido, y así se perdian para su familia. La hermana es agnado de su hermano, cuando nacen de un mismo padre. No hay agnacion entre una madre y sus hijos en un casamiento sin *manus*. Como la pátria potestad era el fundamento de la agnacion, la emancipacion destruia este parentesco civil. Cuando la *potestas* cesaba, el parentesco cesaba; así que, segun el antiguo Derecho civil (reformado en épocas de más adelanto), los hijos emancipados, aunque descendientes en línea recta, eran excluidos de la sucesion de su padre (1).

M. Erskine explica de esta manera los términos agnados y cognados, conforme se usan en el Derecho escocés. «Eran agnados, en el sentido del Derecho Romano, las personas emparentadas sólo por línea de varon. El parentesco de los cognados nacia mediante la interposicion de una ó más hembras. Así, el hijo de un hermano es agnado de su tio, segun los Ro-

(1) Maynz, § 102.

manos, porque el parentesco se establece sólo mediante varones; el hijo de una hermana es cognado del tio, porque se interpone una hembra en este caso. Pero, segun la tecnología jurídica de Escocia, todos los parientes por la línea del padre son agnados, aunque haya hembras de por medio, y los que lo son por la madre son cognados. Justiniano abolió tan completamente la distincion del antiguo Derecho Romano entre agnados y cognados, que admitió, así á la sucesion legal como al cargo de curador, no sólo á los parientes por el padre, aunque hubiera una hembra de por medio, sino tambien á los que lo eran por la madre. (Nov. 118, c. 4, 5)» (1).

Cómo concluia la patria potestas.—La pátria potestad concluia por la muerte del padre ó del hijo, ó cuando cualquiera de los dos sufria la *capitis diminutio maxima* ó *media*, cuya naturaleza hemos explicado ya. En cuanto á la hija, cesaba cuando contraia matrimonio con la *conventio in manum*, ó se hacia vestal (2).

La adopcion traspasaba la pátria potestad á otro, y la emancipacion podia extinguirla. La antigua fórmula de emancipacion consistia en tres ventas ficticias, *per æs et libram*, seguidas por la manumision. Más tarde, un rescripto imperial, ó una declaracion formal ante un magistrado, con el consentimiento del padre y del hijo, bastaban para la emancipacion. En tiempo de Justiniano, un hijo no podia ser emancipado contra su voluntad (3).

La persona emancipada se hacia *sui juris*, salia de la familia á que habia pertenecido, y, por regla general, perdia los derechos de agnacion. Estos derechos, sin embargo, podian conservarse mediante una reserva expresa, cuando se efectuaba la emancipacion por rescripto imperial (4).

Los hijos legítimos que carecian de recursos propios para mantenerse, tenian derecho á exigir alimentos de los padres. Esta obligacion se impuso en primer lugar al padre y á la madre, y á falta de ellos, á los abuelos. Y como era recíproca, los hijos tenian que mantener tambien á sus padres pobres.

(1) Ersk. I, 7, 4.
(2) Aulus Gellius, I. 12.—Ulp. 10, 5.
(3) N. 8º, c. 11.
(4) Mackeldey, § 593-599.

En cuanto á los hijos ilegítimos, se consideraban como si no tuvieran padre, y antiguamente sólo la madre tenia obligacion de mantenerlos. Justiniano concedió á los hijos naturales (*liberis naturalibus*) derecho á reclamar alimentos de su padre (1).

II.—Derecho francés.

Las legislaciones modernas reconocen más ó ménos la potestad del padre sobre el hijo; pero en ninguna de ellas tiene la extension que en el derecho Romano.

Obligacion recíproca de prestar alimentos.—Segun el Derecho francés establecido en el Código civil, el matrimonio impone á los padres la obligacion de mantener á sus hijos, y éstos tienen la de mantener á su padre, á su madre y demás ascendientes, cuando lo necesitan (2). El hijo en todo tiempo debe honrar y respetar á su padre y madre, y está bajo su autoridad hasta la mayoría de edad, ó hasta que es emancipado. El padre sólo ejerce esta autoridad durante el matrimonio. Un hijo no puede abandonar la casa paterna ántes de ser mayor de edad ó de ser emancipado sin permiso de su padre, excepto cuando entra en el servicio militar á la edad de diez y ocho años (3).

Derechos del padre hasta la mayoría de edad ó la emancipacion.—La mayoría de edad se ha fijado en los veintiun años. El menor se emancipa contrayendo matrimonio. El padre puede emanciparle á los quince años de edad; y, si el padre ha muerto, la madre, mediante una simple declaracion ante el magistrado.

Si el hijo cometiera graves faltas, el padre tiene ámplias facultades para corregirle. Si aquél es menor de diez y seis años de edad, éste puede obtener un auto de prision y retenerle en la cárcel durante un período que no ha de pasar de un mes. Cuando el hijo pasa de los diez y seis años y no ha

(1) N. 89, c. 12, 13.—Mackeldey, § 574, 575.
(2) *Código Napoleon*, art. 203-205.
(3) 2., art. 371-374.

sido emancipado ni ha llegado á la mayor edad, el padre, mediante la alegacion de motivos suficientes á juicio del magistrado, puede obtener una órden de encarcelamiento durante un período que no ha de exceder de seis meses (1).

El padre durante su matrimonio, y el cónyuge que sobreviviera despues de la disolucion de aquél, tienen derecho al usufructo de la propiedad de sus hijos hasta que lleguen á los diez y ocho años, ó hasta que se emancipen, para atender á su manutencion y educacion; pero este derecho no se extiende á lo que los hijos puedan adquirir por su propio trabajo, ni á lo que se les done ó legue con condicion expresa de que no intervengan los padres (2).

III.—Derecho inglés.

El padre es tutor de los hijos menores.—Segun el Derecho inglés, el padre es, generalmente hablando, tutor de sus hijos legítimos menores de edad; debiendo tenerse presente que aunque este derecho cesa en algunos casos y para algunos fines á la edad de catorce años, siempre tiene el derecho, en su condicion de padre, de ejercer autoridad sobre ellos hasta la edad de veinte y un años, ó hasta que se casen (3). Al padre corresponde dirigir la educacion de sus hijos y tiené la facultad de castigarlos con moderacion. Cuando el hijo posee *bienes reales*, el padre, como tutor, puede percibir los productos de los mismos, con la condicicion de rendir cuentas al llegar el hijo á la mayor edad. Pero la potestad legítima del padre sobre las personas ó bienes de sus hijos en ningun caso continúa cuando éstos han llegado á la edad de veintiun años, y para ciertos efectos el casamiento verificado ántes de esta edad produce una especie de emancipacion, por lo ménos en cuanto á las hijas.

Su derecho á nombrar tutor.—El padre puede por un acto *inter vivos* ó por testamento nombrar un tutor á los hijos me-

(1) *Código civil*, 375-383.
(2) *Código civil*, 384-387.
(3) Stephen, *Commentaries on the Laws of England*, 4 ed., t. II, p. 2(9.

nores que no se hubiesen casado ántes de su muerte y que no tengan veintiun años. La madre no tiene por la ley potestad sobre el hijo durante la vida del padre, y no puede, como éste, nombrar tutor; pero despues de la muerte del padre, tiene al parecer derecho á ocupar el puesto de éste en lo tocante al cuidado y proteccion del hijo.

Por evidente que sea el deber moral que tienen los padres de alimentar á los hijos, y al contrario, se dice que por el *Derecho comun* de Inglaterra no existe tal obligacion. Pero varios *Estatutos*, que contienen la legislacion relativa á los pobres, impone á todos los padres que pueden hacerlo la obligacion de mantener á sus hijos, cualquiera que sea su edad, cuando están en la indigencia y son incapaces de mantenerse por sus pocos años, por enfermedades ó accidente; y recíprocamente se impone á los hijos la de alimentar á sus padres indigentes, que á causa de su vejez ó de enfermedades sean incapaces de ganarse su sustento (1).

Derecho de testamentificacion del padre.—Otra peculiaridad notable del Derecho inglés, que difiere en este punto del Romano, así como del francés y del escocés, es que el padre, por regla general, puede disponer por testamento de todos sus bienes reales y personales en favor de personas extrañas, excluyendo á su viuda y á sus hijos de toda participacion en la propiedad que deje al tiempo de su muerte. Si muere el padre intestado, el hijo varon primogénito sucederá en los bienes reales como único heredero, y si no hay hijo, todas las hijas como herederas; y todos los hijos, así como la viuda, si la hay, tendrán derecho á una parte de los bienes *personales*, conforme al Estatuto de *distribuciones* (2).

En el condado de Kent heredan la propiedad inmueble, segun la costumbre llamada *Gavelkind*, todos los hijos por igual. Y en algunas comarcas rige la costumbre, llamada *Borough English*, segun la cual, á la muerte del padre, la propiedad territorial es heredada por el hijo *más jóven* (3).

Hijos ilegítimos.—El Derecho inglés establece una distin-

(1) Stephen, *Commentaries*, 4. ed., t. II, p. 296.—Paterson, *Compendium*, página 279-296.
(2) Paterson, *Compendium*, p. 280.
(3) Blackstone, *Commentaries*, lib. 2, cap. 6.

cion entre la potestad del padre sobre sus hijos legítimos y la que tiene sobre los bastardos. Tiene derecho á cuidar de sus hijos legítimos. Pero respecto del bastardo, es preferida la madre, la cual está obligada á mantenerle, si tiene medios para hacerlo. Si la madre no tiene suficientes recursos, la ley le da accion para compeler al padre del bastardo á suministrar lo necesario para la manutencion de aquel, incoando el procedimiento correspondiente ante los Tribunales (1).

IV.—Derecho escocés.

El padre es por ley administrador de sus hijos menores.— En Escocia, el padre es, bajo el nombre de *administrador legal*, tutor y curador de sus hijos. El derecho de administracion de aquel se extiende á toda la propiedad de los hijos, con excepcion de los bienes que un extraño les haya legado, encomendando su administracion á distinta persona. Como regla general, este derecho cesa al llegar los hijos á la mayor edad.

Segun Erskine, la administracion del padre está limitada á los hijos que continúan viviendo en familia con él, entendiéndose que un hijo continúa en la familia de su padre, aunque viva fuera de ella, si no gana su sustento por su propio trabajo independientemente y sin recibir auxilio de su padre. Pero se ha sostenido, en vista de que el matrimonio de un hijo durante su menor edad no quebranta las facultades de los curadores ordinarios, que el mismo principio debia aplicarse á los derechos del padre como administrador legal. Pero sea esto como fuere, se ha establecido como indudable que el derecho de administracion del padre concluye con el matrimonio de la hija menor de edad, porque el marido se hace tutor y curador de su mujer (2). Segun el Estatuto 1696, c. 8, el padre puede por un acto *inter vivos* ó testamento no otorgado en el lecho mortuorio, nombrar tutores y curadores á sus hijos.

(1) 7 y 8, Vict., c. 101, reformada por el Estatuto 8 y 9, Vict., c. 10.
(2) Ersk., 1, 6, 54, 55.—Fraser, *Per. and Dom. Relations*, t. II, p. 154.

Potestad del padre sobre los menores púberos.—Miéntras los hijos no han llegado á la pubertad, el padre tiene autoridad en todo sobre sus personas. Puede fijar el lugar de su residencia, dirigir su educacion, señalar la ocupacion que han de tener y corregir moderadamente sus faltas. Es difícil, sin embargo, definir con precision los límites de la *patria potestas* respecto de los hijos que han llegado á la pubertad y son menores de veintiun años, punto sobre el cual los autores no están de acuerdo. Unos sostienen que el padre puede compeler al hijo á residir con él y trabajar por cuenta de aquel hasta que sea mayor de edad, miéntras que otros afirman que un hijo púbero puede abandonar la casa paterna para vivir donde más le acomode (1). Seria peligroso sostener que una niña de doce años y un jóven de catorce pudiesen tener derecho á escoger su domicilio, haciendo lo que más fuere de su gusto, sin intervencion alguna del padre. En el pleito reciente de Harvey (2) se dijo: «El Tribunal no desea autorizar una doctrina que daria á una niña de doce años, y dueña de una fortuna independiente, la facultad de poder abandonar la casa paterna, y fijar desde entónces ella misma su residencia, y por tanto su futura suerte, probablemente con menosprecio de la autoridad pátria. Sin embargo, preciso es reconocer que la autoridad del padre sobre las personas de los hijos púberos está muy limitada, si se compara con la misma autoridad cuando no lo son, habiendo vários casos en que puede desaparecer por completo. Segun Stair, la potestad del padre para compeler á sus hijos á permanecer en su familia, empleando el trabajo de ellos en beneficio propio, puede perderse, no sólo á causa del matrimonio de los hijos ó de la autorizacion para que emprendan por sí el comercio ú otra industria, sino tambien cuando son objeto de un trato injusto, ó se niegan á sostenerlos en una condicion acomodada á su posicion, ó si el padre facilita ó consiente el que los hijos vivan aparte trabajando por su propia cuenta; pues entónces se infiere su tácito permiso para la emancipacion (3).»

Obligacion recíproca de prestar alimentos.—Segun el *De-*

(1) Fraser, *Per. and Dom. Relations*, t. II, p. 27.—More Stair, t. I, p. 31-32.
(2) Harvey, 15 Junio 1860, 22 Sess., Ca. 1208.
(3) Stair, 1, 5, 13.

recho comun, el padre está obligado á alimentar á sus hijos legítimos, así como á darles la ropa y demás cosas necesarias. A falta del padre, si muriese ó estuviese incapacitado, la madre es responsable en primer término, despues el abuelo paterno, y por último el bisabuelo. Por otro lado, los hijos que tienen medios de fortuna están obligados á alimentar á sus padres cuando no pueden éstos atender á su propia subsistencia. En todos los casos, los alimentos á que la ley obliga se limitan rigurosamente á lo preciso para su mantenimiento, calculado en términos racionales (1).

Hijos ilegítimos.—El bastardo no está bajo la pátria potestad, y el padre no tiene derecho á nombrarle un curador por testamento. Por el Derecho escocés, tanto la madre como el padre tienen que mantener al bastardo; así que, una vez declarada la paternidad, la demanda de la madre contra el padre se resuelve en otra por la que se pide una asignacion ó socorro á prorata (2).

V.—Derecho español.

Pátria potestad.—El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados. Los cónyuges están obligados á criar, educar segun su fortuna, y alimentar á sus hijos. Estos se reputan emancipados de derecho desde que entran en la mayor edad. La pátria potestad de la madre y la emancipacion por edad son dos innovaciones hechas por la ley de Matrimonio civil.

Peculios.—El padre, y en su defecto la madre, hacen suyos los bienes que adquieren los hijos con el caudal que hubiesen aquellos puesto á su disposicion para cualquiera industria, comercio ó lucro; administran y usufructúan los bienes que los hijos hubiesen adquirido por cualquier título lucrativo ó por su trabajo ó industria; pero en este último caso han de vivir en su compañía.

Alimentos.—La obligacion de dar alimentos es recíproca, y

(1) Fraser, t. II, p. 34.
(2) Fraser, t. II, p. 48-49.

se extiende, en defecto de ascendientes ó descendientes, ó por su imposibilidad de satisfacerlos, á los hermanos legítimos, germanos, uterinos ó consanguíneos, por el órden mencionado.

Derecho foral.—En la Legislacion de Cataluña la pátria potestad está tomada del Derecho Romano; en la de Vizcaya apénas se menciona; en la de Navarra se confunde, en cierto modo, con la tutela; y en la de Aragon no existe con arreglo al principio de aquella Jurisprudencia: *de consuetudine regni non habemus patriam potestatem*, y que recuerda el del antiguo Derecho francés: *en pays de coutume droit de puissance paternelle n'a lieu*. Pero realmente lo que rechazaban aragoneses y franceses era la pátria potestad Romana, que veian, los primeros, en las Siete Partidas, y los segundos, en las provincias de *Derecho escrito*.

CAPÍTULO X.

DE LOS TUTORES Y CURADORES.

SUMARIO.—I. DERECHO ROMANO.—Definicion de la tutela.—*Seccion primera: tutores.*—Antigua tutela de las mujeres.—Tutela de los pupilos.—Tres clases de tutores.—Tutor testamentario.—Tutor legítimo.—Tutor dativo.—Facultades y deberes de los tutores.—Terminacion de la tutela.—*Seccion segunda: curadores.*—Los curadores son de diferentes clases.—Curadores de menores.—Curadores de dementes.—Curadores *ad litem*.—Restitucion en favor de los menores.—II. DERECHO FRANCÉS.—La tutela en Francia.—Facultades y deberes de los tutores.—III. DERECHO INGLÉS.—De la tutela en Inglaterra.—Pupilos de la Cancillería.—IV. DERECHO ESCOCÉS.—De los tutores nombrados por el padre.—Tutor legítimo ó *factor loco tutoris*.—Curadores elegidos por los menores.—Facultades y deberes de los tutores.—Prescripcion decenal.—V. DERECHO ESPAÑOL.—Tutela.—Curatela.

I.—DERECHO ROMANO.

La mayor edad, segun el Derecho Romano, era á los veinticinco años cumplidos, así respecto de los varones como de las hembras, miéntras que las Legislaciones de Francia, Inglaterra y Escocia fijan la mayoría en los veintiun años. Son menores, en un sentido general, todos los menores de edad, y están al cuidado de tutores ó curadores.

Definicion de la tutela.—La tutela es el derecho de dirigir la persona y administrar los bienes de un pupilo. La curatela es el derecho de administrar los bienes, ya de un menor que ha alcanzado la pubertad, ya de uno mayor de edad que, por estar demente, es incapaz de cuidar de sus intereses.

Seccion I.—Tutores.

Antiguamente dos clases de personas estaban en tutela: los pupilos á causa de su edad, y las mujeres por razon de su sexo. Apénas hay huellas de la *tutela mulierum* en la Legisla-

cion de Justiniano; pero el descubrimiento de la Instituta de Gayo ha arrojado alguna luz sobre este punto (1).

Antigua tutela de las mujeres.—Segun el antiguo Derecho Romano, la mujer estaba durante toda su vida bajo la tutela de los agnados, cuando salía de la pátria potestad y no estaba *in manu mariti*. El orígen de esta especie de tutela se fundó en el deseo de proteger la propiedad de la mujer, é impedir que fuera sustraida á la legítima sucesion de los agnados. Por este motivo se nombraban tutores de ellas á los agnados varones más inmediatos. No tenian derecho de administracion propiamente hablando, y sí sólo la facultad de impedir que la mujer enajenara su propiedad ó contrajera obligaciones onerosas sin su autorizacion.

A pesar de que la tutela de las mujeres se sostuvo con rigor en los tiempos antiguos, perdió por grados su carácter primitivo. Por la ley *Papia Poppœa*, el privilegio á que daba lugar el número de hijos libertaba á muchas casadas de tan incómoda inspeccion. Una ley de Cláudio libró á las mujeres ingénuas de la tutela legítima de los agnados; pero continúa exigiéndose la intervencion de un tutor dativo para la validez de los actos más importantes de las mujeres en la vida civil. Ultimamente se inventaron muchos expedientes ingeniosos para libertar á las mujeres de los molestos tutores legítimos, permitiéndoles escoger otros más complacientes, que las dejaban obrar como gustaban. Algunos vestigios de esta antigua tutela, que habia llegado á ser tan sólo una mera fórmula, se encuentran en la época de Diocleciano; pero en tiempo de los Emperadores que sucedieron á éste desapareció por completo (2).

Tutela de los pupilos.—Los pupilos que eran *sui juris* y estaban fuera de la pátria potestad, eran encomendados al cuidado de un tutor. Sólo uno que fuera ciudadano Romano y tuviera veinticinco años cumplidos podia desempeñar este cargo. Por regla general, las mujeres no podian ser tutoras; pero el nuevo Derecho estableció una excepcion á favor de la madre y de la abuela del pupilo.

(1) Gayo, 1, § 190 et sig.
(2) Marezoll, § 189.

La tutela se consideraba un *munus publicum;* así, que las personas nombradas tutores ó curadores tenian que aceptar, á ménos que no pudiesen eximirse alegando ciertas escusas autorizadas por la ley. Los altos funcionarios del Estado, los sacerdotes y profesores, los que servian en el ejército ó se ausentaban en interés del servicio público, los que tenian cierto número de hijos legítimos (tres en Roma, cuatro en Italia y cinco en las provincias), y los mayores de setenta años, estaban, además de otros, dispensados de este deber (1). La ley prohibia que los deudores y acreedores de los menores fueran tutores ó curadores de ellos (2).

Tres clases de tutores.—Hay tres clases de tutores segun el Derecho Romano: tutor testamentario, tutor legítimo y tutor dativo.

Tutor testamentario.—El tutor testamentario es el que el padre nombra en su testamento para sus hijos legítimos, el cual es preferido á todo otro tutor. Como la eleccion argüia una gran confianza de parte del padre, este tutor no tenia que prestar fianza en garantía del fiel cumplimiento de su cargo.

Tutor legítimo.—Si el padre no hacia nombramiento, ó si por alguna causa no tenia efecto, entónces tenia lugar la tutela legítima. Esta especie de tutela correspondia, segun el antiguo Derecho Romano, al agnado más próximo ó á los agnados, cuando habia dos ó más en igual grado de parentesco con el pupilo, á causa de su derecho á la sucesion legítima de éste. Justiniano abolió la distincion entre agnados y cognados, tanto respecto de la sucesion legítima, como de la obligacion de ser tutor legítimo, y la madre ó la abuela eran nombradas tutoras legítimas, áun con preferencia á los agnados (3).

El que emancipaba á su hijo ú á otro descendiente ántes de la edad de la pubertad, se hacia su tutor legítimo. Así como los patronos tenian derecho á la sucesion legítima de sus libertos que morian intestados y sin hijos, de igual modo se hacian aquellos tutores legítimos de los hijos que emancipaban ántes de la pubertad, y estos derechos que tenian como patronos pasaban á los hijos.

(1) I. 1, 25.
(2) C. 5, 34, 8. N 94.
(3) N. 118, cap. 4, 5.

Tutor dativo.—A falta de tutor testamentario y de tutor legítimo, ciertos magistrados tenian la facultad de nombrar un tutor dativo.

Facultades y deberes de los tutores.—Las facultades del tutor se extendian generalmente lo mismo á las personas que á la propiedad del pupilo. El primer deber del tutor era cuidar de la persona y de la educacion de aquel.

Si el pupilo es un infante, es decir, menor de siete años, no tiene en derecho voluntad propia, y el tutor decide en todo por sí sin intervencion del pupilo. Pero si éste era mayor de siete años, se consideraba que tenia voluntad propia, aunque imperfecta; así que, al contraer obligaciones, era preciso se completara el consentimiento de aquel mediante la intervencion del tutor. En tales casos, el tutor podia, al parecer, ó decidir él mismo en nombre del pupilo, ó dar su consentimiento á compromisos contraidos por el mismo (1).

Los pupilos podian mejorar de condicion, pero no empeorarla, sin la autoridad de sus tutores. Cuando hay obligaciones recíprocas procedentes de ventas, arrendamientos ú otros contratos, una persona mayor de edad que negocia con un pupilo queda obligada por el contrato; pero no el pupilo, á ménos que el tutor no lo haya autorizado (2).

Ningun pupilo podia tomar posesion de una herencia sin la autorizacion de su tutor, porque aunque podria ser provechosa, era tambien á veces posible que resultara perjudicial, cuando las deudas del difunto excedieran el valor de la herencia (3).

Un tutor debe administrar los bienes del pupilo como un buen padre de familia, y responde de las pérdidas ocasionadas por su mala administracion. Tiene el derecho de cobrar deudas, percibir las rentas é intereses, y puede vender todos los bienes muebles, si pareciese útil ó necesario; pero no enagenar bienes inmuebles, como tierras ó casas, salvo en caso de necesidad, mediante una ámplia informacion ante la autoridad judicial. Es deber del tutor emplear el haber del pupilo de una manera provechosa, y á causa de su carácter

(1) I. 3, 19, 9 —Mackeldey, § 611.—Marezoll, § 186.
(2) I. 1, 21.
(3) I. 1, 21.

de depositario no puede adquirir parte alguna de los bienes, ni hacer nada con ella que venga en su propio beneficio (1).

Terminacion de la tutela.—La tutela concluye: 1.° por llegar el pupilo á la pubertad; 2.° por la muerte del tutor ó del pupilo; 3.° por el cambio de condicion de éste ántes de la pubertad, de suerte que cese de ser *sui juris;* como, por ejemplo, á consecuencia de la deportacion, ó de la esclavitud, ó de la especie de adopcion llamada *adrogatio*, porque nadie puede estar en tutela no siendo *sui juris*; 4.° por ser incapaz el tutor ó por ser removido (2).

Seccion II.—Curadores.

Los curadores son de diferentes clases.—El curador es la persona nombrada para auxiliar á un menor, *pubes*, que es *sui juris*, en la administracion de sus bienes hasta que llegue á la mayor edad. Este término se aplica tambien á aquel á quien está encomendada la potestad sobre la persona y bienes de un demente. Hablando en general, las personas capaces de desempeñar la tutela pueden ser nombradas curadores; pero la madre y la abuela, aunque podian ser tutoras, no tenian capacidad para ser curadoras de sus hijos ó nietos (3). El que era tutor de un pupilo no estaba obligado, al terminar la tutela, á aceptar la curaduría de la misma persona (4).

Curadores de menores.—Un padre podia nombrar en su testamento un curador para sus hijos, pero el nombramiento necesitaba la confirmacion del magistrado. Si en el testamento no se hacia el nombramiento, el magistrado designaba el curador, teniendo en cuenta el derecho que los parientes más próximos tenian al cargo (5).

Un menor, *pubes*, que es *sui juris*, tiene capacidad para administrar sus bienes y para verificar muchos actos de la vida civil sin necesidad del consentimiento del curador. Pero cuando desea vender ó gravar su propiedad, ó llevar á cabo asuntos de importancia, el acto no es válido sin el consenti-

(1) Mackeldey, § 628.
(2) I. 1, 22.
(3) Mackeldey, § 617.
(4) I. 1, 25, 18.
(5) I. 1, 23, 1.

miento del curador. Pero áun cuando el curador haya dado su consentimiento, haciendo así el acto obligatorio en derecho extricto respecto del pupilo, éste puede reclamar contra aquel la restitucion, si se prueba que ha habido lesion ó daño. Un menor de más de catorce años es la parte principal en todos los actos referentes á sus asuntos, y el curador no hace más que dar su consentimiento á lo que se ha hecho.

El curador es responsable como lo es el tutor, tiene que rendir cuentas de su administracion, y pueden entablarse contra él iguales reclamaciones.

La curaduría de los menores termina al llegar éstos á la mayor edad, ó sea á los veinticinco años cumplidos, ó por haber obtenido ántes de aquel período dispensa de edad, *venia ætatis*, mediante un rescripto del Emperador (1).

Curadores de dementes.—Segun las Doce Tablas, la curaduría de los dementes ó de aquellos que eran incapaces de administrar sus bienes, cualquiera que fuere su edad, correspondia á los agnados más próximos. Si no tenian parientes de esta clase, ó si éstos tenian alguna incapacidad, el magistrado nombraba curador, prévio el oportuno expediente (2). A pesar de que la tutela de los dementes se trata generalmente con la curatela, parece corresponder más bien á la tutela, pues el curador del demente tiene á su cuidado la persona y los bienes del mismo, y no pudiendo éste dar su consentimiento, todo lo referente á sus bienes debe hacerse en nombre del curador.

Curadores ad litem.—Los curadores de un menor se nombraban á veces para un fin particular. Si el menor tenia un pleito con su tutor ó curador, ó con personas extrañas si carecia de guardador, el juez le daba un curador *ad litem* para que le asistiera en el litigio (3).

Restitucion en favor de los menores.—El menor podia durante cuatro años, á contar desde el dia en que llegaba á la mayor edad, pedir la restitucion respecto de todos los actos celebrados, ya por el mismo menor, si no tenia curador, ó con consentimiento de éste si lo tenia, siempre que pudiera pro-

(1) C. 2, 45, 2.—I. 1, 23, pr.
(2) I. 1, 23, 3. 4.
(3) I. 1, 23, 2.

bar que habian resultado para él dañosos ó perjudiciales. Cuando el daño resultaba de alguna causa accidental, y no era inherente al mismo asunto, no procedia este recurso. La lesion ó daño habia de ser grande, y se estimaba con relacion á la fecha de la misma convencion, y no á la de la reclamacion. Despues de la espiracion del *quadriennium utile*, no procedia la demanda. Los menores quedan incapacitados para pedir la restitucion confirmando ú homologando el acto despues de haber llegado á la mayor edad, así como tambien si pagan intereses (1).

Esta doctrina de la restitucion en favor de los menores se observa en Escocia. La mera reclamacion, sin embargo, dentro del *quadriennium utile* no es bastante. La nulidad de los actos respecto de los cuales tienen los menores derecho de restitucion, debe pedirse tambien, ejercitando una accion de *reduction* ante el Tribunal de Sesion, dentro de aquel período (2).

II.—Derecho francés.

La tutela en Francia.—Segun el Derecho francés, la tutela de los hijos no emancipados corresponde al padre, despues á la madre, si sobrevive á aquel, y á falta de ambos, á los ascendientes masculinos, primero al abuelo paterno y despues al materno. Los tutores pueden ser nombrados en testamento por el padre que sobreviva, sea el padre ó la madre, y las personas de este modo elegidas son preferidas á los ascendientes. A falta de tutor de esta clase, un consejo de familia debe nombrarlo á los hijos menores (3). El designado tiene la obligacion de aceptar, á ménos que pueda alegar motivos justos de exencion. El Código civil (art. 427 al 440) expresa los motivos de dispensa, de incapacidad y de exclusion. Las mujeres son incapaces de ser tutoras, á excepcion de la madre y demás ascendientes.

Facultades y deberes de los tutores.—En Francia el tutor

(1) D. 4, 4. C. 2, 22.
(2) Ersk. 1, 7, 31.—Stewart, 20 Dic. de 1860, 23 D. 187.
(3) *Código Napoleon*, art. 389.

tiene á su cuidado la persona del menor y le representa en todos los actos civiles. Administra tambien los bienes del pupilo, pero no tiene facultad para enajenar ó para hipotecar inmuebles sin la expresa autorizacion del consejo de familia, y áun entónces sólo por motivos de absoluta necesidad ó notoria utilidad y despues de haber obtenido la aprobacion judicial. El tutor que tiene graves motivos para no estar satisfecho de la conducta del menor, puede acudir ante el consejo de familia, y obtener su autorizacion para solicitar la detencion de aquel en una casa de correccion (1). La tutela termina al llegar á la mayor edad el menor, y áun ántes, si contrae un matrimonio legítimo, el cual produce los efectos de la emancipacion y pone fin á la potestad tanto de los padres como de los tutores (2).

III.—Derecho inglés.

De la tutela en Inglaterra.—Segun la tecnología jurídica de Inglaterra, un infante es una persona menor de veintiun años; en el Derecho Romano este término se aplicaba sólo á pupilos menores de siete años. En Inglaterra el padre es tutor de sus hijos durante su menor edad, y puede en su testamento, ó por un acto *inter vivos*, nombrar un tutor que le represente despues de su muerte. A falta de tal nombramiento la madre es la tutora (*); pero, aunque sobreviva á su marido, no tiene la facultad de nombrar tutores ni por testamento ni por acto *inter vivos*.

Pupilos de la Cancillería.—Cuando un menor no tiene tutor, el Tribunal de la Cancillería está autorizado para nombrarle uno. Si hay algun pleito pendiente respecto del menor ó de su propiedad, aquel es entónces pupilo del Tribunal. En este caso el pupilo no puede contraer matrimonio sin consentimiento del Tribunal, y el que se casara clandestinamente con una pupila incurriria en la pena de prision por desacato (3).

(1) *Código civil*, art. 450 al 463.
(2) Pothier, *Traité des Personnes*, tít. 6, sec. 4, art. 5.
(*) Para la persona, pero no para los bienes.
(3) Stephen, *Comment. on Laws of England*, 4.ª ed., p. 315, 317.—Paterson, *Compendium*, p. 270.

IV.—Derecho escocés.

De los tutores nombrados por el padre.—Segun el Derecho escocés, el padre puede, mediante un acto ejecutado en *liege poustie* (es decir, no en el lecho mortuorio), nombrar tutores y curadores á sus hijos. Toda persona mayor de edad puede ser nombrada, á excepcion de la mujer casada, pues estando ella misma bajo la curaduría de su marido, no puede ser tutora de otros durante la subsistencia del matrimonio. Los tutores nombrados por el padre son preferidos á todos los demás (1).

Tutor legítimo ó factor loco tutoris.—Si el padre no ha nombrado tutor, se encomienda al próximo agnado varon que tenga veinticinco años, y que sea heredero por ley, el cargo de tutor legítimo para la administracion de los bienes del pupilo; pero su persona se confia á la madre ó al cognado más próximo (2). A falta de tutores nombrados por el padre y de tutores legítimos, el Tribunal de Sesion puede nombrar un tutor dativo ó un *factor loco tutoris*. Las facultades de un *factor loco tutoris* son iguales á las de un tutor, pero el *factor* puede ser sustituido en cualquier tiempo por un tutor legítimo (3).

Curadores elegidos por los menores.—Un menor, *pubes*, cuyo padre no le ha nombrado curador, puede asumir la administracion de sus bienes, ó ponerse bajo la direccion de curadores, que él mismo escoge con intervencion del Tribunal, citando al efecto á sus próximos parientes y siguiendo los tramites señalados en el Acta de 1555, c. 35 (4).

Facultades y deberes de los tutores.—Son distintos los cargos de tutor y de curador: el tutor está encargado del cuidado de la persona y de los bienes de su pupilo, miéntras que el curador tiene que ver tan sólo con los bienes, y esto ha dado orígen á la máxima *tutor datur personæ, curator rei.* El tutor decide y obra por sí sólo, y el pupilo, rigurosamente ha-

(1) Estatuto 1696, c. 8.—Fraser, *Per. and Dom. Relations*, p. 76, p. 185.—Erskine, 1, 7, 12.
(2) Ersk, 1, 7, 7.
(3) 19 y 20, Vict., c. 56, s. 19.
(4) Fraser, t. II, p. 188.

blando, no es persona jurídica, miéntras que por lo contrario el menor, *pubes*, es la parte principal en todos los actos referentes á sus intereses, y el curador no hace más que prestar su consentimiento en concurrencia con él. Un documento firmado sólo por el pupilo es nulo, y el firmado sólo por el curador tampoco tiene fuerza contra aquel. Cuando un menor que tiene curadores debidamente nombrados, obra sin el asentimiento de éstos, sus actos son *ipso jure* nulos; pero cuando el menor ejecuta por sí, no teniendo curadores, ó teniéndolos con el consentimiento de ellos, actos que vienen en su daño, éstos son subsistentes, salva la restitucion por lesion á que tiene derecho como menor (1).

Prescripcion decenal.—Por el Estatuto de 1696, c. 9, se estableció una prescripcion de diez años respecto de todas las cuentas entre tutores y curadores y sus pupilos; así es que todas las acciones que competian á unos y á otros, si no se ejercitaban dentro de los diez años siguientes á la mayor edad de los menores, ó á contar desde su muerte acaecida siendo menores, desaparecian para siempre.

V.—Derecho español.

Tutela.—El Derecho comun reconoce tres clases de tutela: la *testamentaria*, la *legítima* y la *dativa*. El padre ó la madre, al nombrar tutor por testamento, pueden dispensar á éste de la prestacion de fianzas. Puede nombrar tutor para un menor el que instituye á éste heredero ó le dejare manda ó legado de importancia.

Curatela.—Esta es *testamentaria* ó *dativa*; pero, en este caso, la designacion corresponde al menor, pudiendo el juez negar el discernimiento al propuesto. Además de los curadores para bienes, los hay ejemplares y para pleitos.

Los menores tienen el beneficio de la restitucion *in integrum*.

---

(1) More-Stair, t. I, p. 146.

CAPÍTULO XI.

DE LAS CORPORACIONES.

SUMARIO.=I. Derecho Romano.—Naturaleza de las corporaciones.—Cómo se constituyen.—Derechos y prerogativas de las corporaciones.—Votacion en las juntas de la corporacion.—Cómo puede terminar una corporacion.—Corporaciones especiales.—El Tesoro público.=II. Derecho inglés.—Corporacion agregada ó sola.—Sello comun.—Los acreedores de una corporacion no pueden demandar á uno de sus indivíduos.=III. Derecho escocés.—Sellos de *causa*.—Corporaciones por prescripcion=IV. Derecho español.

I.—Derecho Romano.

Naturaleza de las corporaciones.—Una corporacion se compone de cierto número de indivíduos unidos mediante pública autorizacion de tal manera, que ellos y sus sucesores constituyen sólo una persona jurídica, con derechos y deberes que son distintos de los de los miembros que la forman. De esta manera pueden formar corporacion las ciudades, las universidades, los hospitales y las sociedades que tienen un fin científico ó mercantil ú otro de interés público.

Cómo se constituyen.—Entre los Romanos, toda corporacion se constituia mediante una ley, ó un decreto del Senado, ó una Constitucion imperial. Se necesitaban á lo ménos tres indivíduos para formar una corporacion; pero con uno podia mantenerse su existencia, y subsistia como una persona jurídica abstracta, aunque todos los indivíduos primitivos hubiesen cambiado (1).

Derechos y prerogativas de las corporaciones.—Los derechos y prerogativas de las corporaciones variaban segun la naturaleza de su primitiva constitucion. Generalmente están autorizadas para poseer bienes y comparecer en juicio en

---

(1) D. 3, 4.—D. 47, 22.—D. 50, 16, 55.

nombre de la corporacion, para nombrar síndicos y demás empleados que deban administrar los intereses de la misma, elegir nuevos miembros segun sea necesario, hacer los reglamentos interiores para su propio régimen, siempre que no estén en contradiccion con el Derecho del país ó de su propia constitucion particular. Debe haber siempre alguna persona autorizada para representar á la corporacion en sus relaciones externas (1).

Toda la propiedad corporativa y los bienes pertenecen á la corporacion como á persona jurídica independiente, y no á los indivíduos de que se compone, y el mismo principio se aplica á las cantidades que se deben á la corporacion. Por otro lado, los miembros de la sociedad no responden, ni con sus personas ni con sus bienes, de las deudas de la corporacion; así es, que si no hay bienes contra los cuales pueda dirigirse una ejecucion, no podian cobrar los acreedores de la corporacion. *Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas, singuli debent.* D. 3, 4, 7, 1.

Votacion en las juntas de la corporacion.—El modo de votar en las juntas generales de la corporacion depende, en primer lugar, de su primitiva constitucion, y cuando carece de reglamentos que dispongan sobre este particular, la voluntad de la mayoría, manifestada en una junta debidamente constituida, es la voluntad de la corporacion, y es obligatoria así para la minoría como para los ausentes. Algunos escritores de Derecho Romano opinan que en el caso de no establecer los estatutos regla alguna, sólo es obligatoria la resolucion de la mayoría cuando están presentes en la junta las dos terceras partes de los indivíduos; pero los textos en que se fundan sólo se refieren á las *curiæ* de las *municipia* Romana, y no son suficientes para establecer una regla general aplicable á todas las corporaciones (2) El principio adoptado en Inglaterra, cuando los estatutos nada dicen en contrario, es «que una corporacion obra por medio de la mayoría, ó que la voluntad de la mayoría es la voluntad de la corporacion, y es obligatoria para la minoría.» De aquí que el acto del mayor número de los indivíduos reunidos en una junta de la corporacion es un acto de toda la corporacion (1). Pero si el estatuto que rige la sociedad, ó la constitucion de ésta, fijasen las condiciones precisas para que haya una verdadera junta, tocante al número de indivíduos que han de estar presentes, ú otras circunstancias, se ha de observar rigurosamente. De esto tenemos un buen ejemplo en el Estatuto de las corporaciones municipales de Inglaterra (Guillermo IV, 5 y 6, c. 76, s. 69), en el cual se ordena que todas las cuestiones relativas á asuntos generales se resolverán por la mayoría de los indivíduos presentes en una junta ordinaria, con tal que el número total de los presentes no baje de una tercera parte de los concejales.

(1) Véanse las notables observaciones que sobre las corporaciones hace Savigny: *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. II, § 86 y sig.
(2) Maynz, § 108.--Mackeldey, § 148.

Cómo puede terminar una corporacion.—Una corporacion puede concluir mediante la espiracion del término fijado para su constitucion, cuando se ha establecido por un período limitado; por la muerte de todos sus indivíduos, cuando tiene por objeto intereses personales de aquellos; y por un acuerdo del poder legislativo que la declare disuelta.

Lo que se ha de hacer de la propiedad de una corporacion disuelta, es una cuestion que ha sido muy discutida. Ninguna regla fija puede establecerse sobre este particular, y son posibles várias soluciones, segun el fin para el cual se haya establecido la corporacion. Cuando se ha constituido sólo en interés público, el Estado generalmente se incauta de sus bienes (2).

Corporaciones especiales.—Además de las corporaciones en que varios indivíduos se unen para formar un cuerpo, y que en Inglaterra se llaman corporaciones *agregadas*, los Romanos reconocian otra clase de personas artificiales capaces de derechos y de obligaciones, las cuales tienen alguna semejanza con la corporacion *sola* del Derecho inglés. De esta clase eran el mismo Estado, el Príncipe en cuanto era considerado como depositario del poder soberano, todos los cargos públicos en lo relativo á los deberes y derechos anexos á aquellos, el Tesoro público ó fisco, y, finalmente, la herencia (*hæreditas*

(1) *Grant on corporations*, p. 68.
(2) Mackeldey, § 148.

jacens), miéntras no entraba en posesion de ella algun heredero.

El Tesoro público.—El Tesoro público, á distincion de la fortuna particular del príncipe, se llamaba el *fisco* (1), el cual siempre fué considerado en Derecho como una persona ideal. Al fisco no sólo pertenecian los ingresos ordinarios y extraordinarios del Estado, con inclusion de todos los bienes y efectos que carecian de dueño (*bona vacantia*), sino que tenia tambien otras prerogativas y privilegios que no hay para qué expresar aquí. En las contiendas entre el súbdito y el fisco, era regla general en los casos dudosos fallar contra el fisco (2).

II.—Derecho inglés.

En Inglaterra las corporaciones pueden crearse por un Acta del Parlamento, ó por Real cédula, y algunas existen por prescripcion.

Corporacion agregada ó sola.—Por el Derecho inglés se dividen las corporaciones en *agregadas* y *solas*. Las corporaciones *agregadas* comprenden un número considerable de personas unidas en una sociedad, teniendo lugar así una sucesion perpétua de indivíduos, como el alcalde y concejales respecto de la administracion local de un pueblo, el rector y los catedráticos de un colegio, el dean y capitulares de una iglesia catedral. La corporacion *sola* la constituye una sola persona, y sus sucesores en un puesto especial, que son considerados como corporacion por la ley para mantener las facultades y derechos que pertenecen al cargo con carácter de perpetuidad; de lo cual son ejemplos el Soberano, un obispo ó un párroco, considerados en la relacion de su condicion oficial (3). La idea de la corporacion *sola* se ha considerado peculiar del Derecho inglés; pero la novedad sólo consiste en el nombre, y se ha dicho, con razon, que visto lo poco que del

(1) El tesoro del pueblo Romano se llamaba *ærarium*; el del Príncipe *fiscus*, el cual concluyó por absorber al primero.
(2) D. 49, 14, 10. Compárese, sin embargo, con la N. 161, c. 2, y *Edict. Justini*, 4, c. 2, s. 1.
(3) Stephen, *Comm.*, 4.ª ed., t. III, p. 125.

Derecho referente á corporaciones es aplicable á las corporaciones *solas*, habria sido mejor que se las hubiera dado otra denominacion (1).

Sello comun.—Todos los contratos de importancia otorgados por las corporaciones en Inglaterra, deben autorizarse con el sello comun de aquellas y hacerse en su nombre; pero los asuntos de poca monta y las convenciones de uso comun, como el ajuste de criados y otras, son obligatorias para la corporacion, aunque no se haya usado el sello comun (2).

Los acreedores de una corporacion no pueden demandar á uno de sus indivíduos.—Segun el *Derecho comun* inglés, el acreedor de una corporacion no tiene accion sino contra el haber ó propiedad de la sociedad, no teniendo derecho el que ha obtenido una sentencia contra una corporacion para trabar ejecuciones contra los indivíduos que la componen. Segun los Estatutos del Parlamento que dieron carácter de corporaciones á las compañías de ferro-carriles, sólo el capital y la propiedad son responsables por las deudas y obligaciones de la compañía, limitándose la responsabilidad personal de los accionistas á la parte de las acciones suscritas no pagada. Las compañías pueden constituirse en corporacion para una variedad de fines, con arreglo al Estatuto de 1762 sobre sociedades por acciones, con ó sin responsabilidad *limitada* (3). Cuando la responsabilidad de los accionistas es ilimitada, son responsables en el mismo grado que si no se hubiera constituido la compañía en corporacion. Pero la responsabilidad de los accionistas puede limitarse, ó á la parte de las acciones suscritas que aún no se ha satisfecho, ó á la suma que los accionistas se hayan obligado á satisfacer respectivamente para aumentar el activo de la sociedad en el caso de una liquidacion (4).

Las corporaciones mercantiles pueden disolverse en el caso de quiebra con arreglo á las provisiones del Estatuto referido sobre sociedades por acciones.

(1) Dr. Wooddeson, Vin. Lect., t. I, p. 471-472.
(2) Addeson, *on Contracts*, 5.ª ed., 701, 707.—Smith, *Compendium of Mercantile Law*, 6.ª ed., p. 113.
(3) 25 y 26, Vict., c. 89, s. 6.
(4) 25 y 26, Vict., c. 39, s. 7, 10.—Smith, *Mercantile Law*.

III.—Derecho escocés.

La Legislacion relativa á las corporaciones en Escocia es semejante en lo general á la inglesa, pues ámbas se derivan del Derecho Romano, aunque modificado para acomodarlo á la forma de Gobierno y al estado social de cada uno de estos dos países; pero en algunos detalles y en cuestiones de forma, la escocesa tiene peculiaridades que la distinguen de la inglesa.

Sellos de causa.—En Escocia, las cédulas de cási todas las villas reales (*royal burghs*) conferian á éstas la facultad de constituir corporaciones subordinadas mediante un *sello de causa;* es decir, un acuerdo en forma de cédula expedida con el sello de la villa.

Un *sello de causa* constituye á los agraciados en corporacion, y alcanzan la facultad de demandar y ser demandados, como todas las demás prerogativas esenciales á semejantes cuerpos, ya se exprese en la cédula ó no, como la facultad de elegir empleados, imponer multas, dictar reglamentos para su gobierno interior, etc. Los señores de *regalía* y de *baronía*, en ejercicio de los derechos que habian recibido del Monarca para constituir corporaciones dentro de sus señoríos, gozaban de análogas prerogativas.

Corporaciones por prescripcion.—Aun en el caso en que no existia cédula, ni *sello de causa*, la larga posesion y el ejercicio de los derechos corporativos se ha considerado suficiente para el caso. Pero cuando no existe cédula alguna, ó cuando no contiene ésta disposiciones especiales, los gerentes ó directores deben obtener la aprobacion de una junta general de los individuos que componen la corporacion ántes de llevar á cabo actos de importancia, debiendo tener cuidado de asentar en las actas lo que se haya determinado (1).

IV.—Derecho español.

La Legislacion de España reconoce la existencia de las corporaciones como personas jurídicas, interviniendo siempre

(1) Erskine, 1, 7, 64. Glasgow, Surgeons, House of Lords, 7 Agosto 1840, 1 Rob. ap. 397.

más ó ménos la ley en su constitucion. La Hacienda pública, una cofradía, un establecimiento de beneficencia, un Ayuntamiento, etc., tienen esta consideracion. En cuanto á las sociedades, el *Derecho civil* admite la universal, la general y la singular; el *Derecho mercantil*, la colectiva, la comanditaria y la anónima; y disposiciones especiales recientes regulan lo relativo á las sociedades de crédito, de minas, etc.

PARTE SEGUNDA

DE LOS DERECHOS REALES

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA DIVISION DE LAS COSAS.

SUMARIO.=Nocion de las cosas.—Cosas corporales é incorporales.—Cosas que están fuera del comercio.—Cosas comunes.—Cosas públicas.—Propiedad de las corporaciones.—Cosas sagradas, religiosas y santas.—Cosas muebles é inmuebles.—Explicacion de los derechos reales.

Nocion de las cosas.—La Filosofía de la Naturaleza considera las cosas bajo el punto de vista de sus condiciones físicas; el Derecho las mira como objetos de derecho. En la tecnología jurídica, la palabra *res*, ó cosa, comprende, no sólo los objetos materiales, sino tambien los actos del hombre, y en general todo lo que puede ser objeto de derecho (1).

Corporales é incorporales.—Todas las cosas suceptibles de ser propiedad del hombre se dividen en corporales é incorporales (2). Las cosas corporales son los objetos materiales que pueden verse y tocarse, como una casa, un campo, un caballo. Las cosas incorporales son aquellas que no pueden tocarse ni percibirse por los sentidos, y que son creacion de la ley; son derechos que se ejercitan con relacion á las cosas,

---

(1) Maynz, § 112.
(2) Ibid., 2, 2.

más bien que las cosas mismas, como los derechos de herencia, de servidumbre, de obligaciones, etc.

Cosas que están fuera del comercio.—Hay ciertos objetos sobre los cuales no podemos ejercer un derecho exclusivo, y se llaman *res extra commercium;* porque hay cosas que son naturalmente comunes al género humano, ó que son públicas, ó que son propiedad de una ciudad ó comunidad, ó que no pertenecen á nadie; pero la mayor parte son de la propiedad particular de los indivíduos que las han adquirido mediante varios modos (1).

Cosas comunes.—Las cosas que por su naturaleza son incapaces de ser apropiadas, se llaman comunes, como el aire, la luz, el Océano, ninguna de las cuales puede pertenecer á nadie, aunque su uso sea comun á todos. Así, ninguna nacion tiene un derecho exclusivo en la alta mar, de modo que pueda impedir que otras la usen para la navegacion ó la pesca. Pero aquella parte del mar inmediata á la costa, como es en cierto grado susceptible de propiedad, y de importancia para la seguridad del país, se considera por el Derecho internacional moderno comprendida dentro del territorio del Estado á que pertenece la costa. La distancia á que una nacion puede extender sus derechos sobre el mar, ha sido asunto muy controvertido, y que no se puede resolver fácilmente. Los más de los publicistas consideran como parte del territorio del Estado el espacio incluido dentro del alcance de un tiro de cañon, y por este motivo, un buque capturado en la zona á que llegan los disparos de la artillería de una fortaleza neutral, se considera como presa ilegítima. Durante la guerra entre España y Holanda, Jacobo I de Inglaterra hizo que se trazara una línea como límite marítimo á cierta distancia de la costa británica, declarando que no permitiria que ningun buque de guerra de los beligerantes penetrase dentro de aquella, ni en persecucion del enemigo, ni para observar los buques que pudieran salir ó entrar en los puertos británicos (2).

Cosas públicas.—Las cosas públicas son las que pertenecen al poder soberano del Estado, pero cuyo uso es comun á todos

(1) I. 2, pr.
(2) Vattel, t. I, p. 115.

los súbditos, así como á los extranjeros á quienes puede concederse el mismo derecho, como rios navegables, caminos, puertos, etc. En los países en que prevalece el derecho feudal, las cosas que los Romanos consideraban públicas se miran como pertenecientes á la Corona, como depositaria de los derechos del pueblo. La playa del mar es el espacio de tierra cubierto por las aguas en las mareas más vivas de invierno: *quatenus hibernus fluctus maximus excurrit* (1). Aunque Justiniano clasifica la playa entre las cosas comunes, pertenece más bien al Estado, que es dueño de la costa, y esta era la opinion de Celso (2). No se permitia á nadie hacer construcciones en la playa sin la autorizacion del pretor, la cual se negaba cuando el privilegio que se solicitaba impedia la navegacion, el servicio público ó perjudicaba algun interés privado (3). El público tenia derecho al uso de las riberas de los rios navegables; así es que en ellas sólo podian los particulares adquirir una propiedad limitada.

Propiedad de las corporaciones.—Cuando la propiedad pertenecia á una ciudad ó corporacion dada, se distinguia como *res universitatis*. De esta clase eran los teatros, los estádios y los foros.

Cosas sagradas, religiosas y santas.—Las cosas sagradas, religiosas y santas estaban excluidas del comercio, y no eran propiedad de nadie. Los templos, las iglesias, los altares, los cálices y todo lo consagrado segun las formas prescritas por la ley, se tenian por sagradas y no podian dedicarse á usos profanos. Segun Papiniano, hasta el terreno en que habia existido un templo continuaba siendo sagrado áun despues de la destruccion del edificio (4). Entre las epístolas de Plinio el Jóven, encontramos una dirigida al Emperador Trajano, en la que preguntaba si un templo antiguo de Nicomedia, dedicado á la madre de los dioses, pero no debidamente consagrado, podia, por tanto, demolerse conforme á las ceremonias de la religion, para levantar en el mismo sitio un foro nuevo. A esto contestó Trajano que el templo podia de-

(1) I. 2, 1, 3.
(2) D. 43, 8, 3.
(3) D. 41, 1, 50.—D. 43, 8, 3 y 4.
(4) I. 2, 1, 8.

molerse sin escrúpulo, á pesar de la dedicacion, porque no se habia consagrado legalmente, «pues el terreno de una ciudad extranjera no es susceptible de aquella clase de consagracion que se observa en nuestras leyes (1).»

Todo lugar en donde se enterrara un cadáver se hacia *religioso* y quedaba fuera del comercio; pero esta exclusion cesaba si se exhumaba el cadáver llevándolo á otro sitio. Segun las Doce Tablas, no se permitia verificar ningun enterramiento dentro del recinto de Roma, y Adriano extendió esta prohibicion á todas las ciudades del Imperio.

Las murallas y las puertas de una ciudad se consideraban *santas*, porque el que las violaba era castigado con la pena de muerte (2).

Cosas muebles é inmuebles.—Aunque en Derecho Romano no es base de una clasificacion precisa, las cosas corporales se dividen, en las más de las Legislaciones, en muebles é inmuebles. Las muebles comprenden el dinero y toda clase de bienes, á excepcion de la tierra y de las cosas adheridas á la misma, las cuales se llaman inmuebles. Como las muebles, por su misma naturaleza, pueden trasportarse de un lugar á otro, se considera que siguen á la persona del dueño y se rigen por la ley de su domicilio. Por otro lado, en razon de que las inmuebles, como la tierra y las casas, están unidas al suelo, del cual no es posible separarlas, se rigen conforme á las leyes del país en donde están situadas.

Explicacion de los derechos reales.—El poder más absoluto que el Derecho nos concede sobre una cosa, se llama derecho de propiedad: *dominium*. Este es un derecho real en una cosa que nos pertenece: *jus in re propria*. Hay otros derechos de propiedad en cosas que pertenecen á otro, y que se llaman *jura in re aliena*. El Derecho Romano, en su último período de desarrollo, admitia cuatro de éstos: servidumbre, *enphyteusis*, *superficies* y prenda. Entre estos derechos, la enfitéusis y la superficie, cuya naturaleza explicaremos más adelante, son los que se asemejan más á la propiedad (3).

---

(1) Plinio, x. Ep. 58-59.
(2) I. 1, 1, 10.—Por esto se llamaban *sanctæ*, *de santione*. (N. del T.)
(3) Maynz, § 162.

CAPÍTULO II.

DE LA PROPIEDAD EN GENERAL.

SUMARIO.—Naturaleza de la propiedad.—*Jus in re* y *jus ad rem*.—*Res mancipi et nec mancipi*.—*Jus italicum*.

Naturaleza de la propiedad.—La propiedad es el derecho absoluto á usar, disfrutar y disponer de una cosa sin más límites que los que se hayan impuesto al dueño por ley ó por pacto (1). Así, el propietario absoluto de una casa puede usarla como vivienda, ó alquilarla á otro percibiendo las rentas, ó enajenarla, donarla y hasta destruirla, si quiere.

No sólo las tierras y los bienes muebles, como los caballos, las alhajas, el dinero y demás, sino tambien las cosas incorporales, se consideran en Derecho como objetos de propiedad. La palabra *bona* la usaban los Romanos para expresar toda clase de propiedad, y generalmente todo aquello á que el hombre tenia derecho (2). Aunque la esencia de la propiedad consiste en poder disponer de una cosa como suya propia, las facultades del propietario pueden ser absolutas é ilimitadas, ó estar sujetas á limitaciones que nacen de las condiciones de su propio título, ó de derechos creados á favor de otras personas, mediante la constitucion de hipotecas ó servidumbres, ó de otro modo.

Por regla general la propiedad del terreno lleva consigo la de todo lo que está encima y debajo de él: *cujus est solum, ejus est á cœlo usque ad centrum*. A veces, sin embargo, el terreno pertenece á una persona, y la mina que está debajo á otra.

---

(1) *Código civil*, art. 544.
(2) D. 50, 16, 49.

Jus in re y jus ad rem.—El derecho real que tiene un propietario ó aquel en cuyo favor se ha constituido una hipoteca ó prenda, se llama *jus in re*. Cuando no hay más que un derecho personal á una cosa, que se puede reclamar mediante una accion, y cuyo dominio legal pertece á otro, éste se llama un *jus ad rem*. Un *jus in re* implica una adquisicion completa; un *jus ad rem* el mero derecho á adquirir la cosa. La diferencia es cási la misma que la que existe entre propiedad y obligacion. Estos términos, que no son romanos, han sido tomados de los canonistas (1). A los extraños á estos estudios esta distincion parecerá quizá trivial, pero entraña gran trascendencia para las controversias jurídicas, y á veces contribuye á la solucion de problemas difíciles.

Antiguamente los Romanos no reconocian más que una clase de propiedad, que se llamaba *dominium ex jure Quiritium*. Esta propiedad sólo podia adquirirse mediante ciertas formas, llamadas *acquisitiones civiles*. En cuanto á la adquisicion de cosas particulares, Ulpiano enuncia de esta manera la regla general: «*Singularum rerum dominium nobis adquiritur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjuticatione, lege*» (2). Pero la distincion entre las *civiles et naturales acquisitiones*, tan importante ántes de Justiniano, perdió despues todo el interés práctico que tenia (3).

Res mancipi et nec mancipi.—Segun el antiguo Derecho civil, las cosas se dividian en *res mancipi* y *res nec mancipi*, y se encuentran todavía las huellas de esta distincion en los últimos tiempos del Imperio. Segun Ulpiano, eran *res mancipi* las casas ó tierras situadas en Italia, las servidumbres prediales anejas á ellas, los esclavos, las bestias de carga, como caballos, mulos, asnos y bueyes; pero no los elefantes ni los camellos; miéntras que todas las demás cosas tomadas separadamente, y no como una *universitas*, eran *res nec mancipi* (4). La propiedad de la primera clase de cosas sólo podia adquirirse conforme á ciertas formas solemnes, ya por *mancipatio* (5), que era

(1) Dr. Taylor, *Elements of Civil Law*, p. 53.—Ortolan, *Institutes*, t. I, p. 458.—Maynz, § 162.
(2) Ulpian., 19, 2.
(3) Marezoll, § 89-92.
(4) Ulp. 9, 1.
(5) Gayo, I, 119.

una especie de venta imaginaria *per æs et libram* en presencia de cinco testigos y un *libripens*, ya mediante una ceremonia solemne ante el magistrado, llamada *in jure cessio* (1). Si no se observaban estas formalidades, la propiedad de las *res mancipi* no se trasferia, y se consideraban que estaban sólo *in bonis* del adquirente hasta que, mediante la continuacion en la posesion, se hubiera consolidado su derecho por la prescripcion. Todas las demás cosas llamadas *nec mancipi*, podian ser trasferidas por simple tradicion.

Este rasgo de las costumbres romanas puede observarse en algunas escenas de las comedias de Plauto. Un pobre hombre compra esclavos sin observar las formas de la *mancipatio*, y cree que ha hecho un buen negocio, cuando un cómplice del vendedor aparece y reclama los esclavos como suyos, dejando al comprador sin su dinero. Para impedir tales fraudes, el pretor concedia al comprador la *exceptio rei venditæ et traditæ*, no sólo contra el vendedor, sino contra todos los que derivaban de él su derecho. Justiniano suprimió expresamente esta distincion entre *res mancipi* y *nec mancipi*, que habia caido ya en desuso (2).

Jus Italicum.—El territorio de Italia disfrutaba de los privilegios de la propiedad romana y estaba exento del impuesto territorial. A esto se llamaba *jus italicum*. En las provincias conquistadas, los habitantes poseian la tierra, estando sujetos al pago de aquel impuesto de que estuvo dispensada la Italia hasta el tercer siglo de la Era cristiana. En tiempo de los Emperadores se concedia el *jus italicum* á algunas colonias de fuera de Italia (3).

(1) Gayo, 2, 24.
(2) C. 7, 25.
(3) Maynz, § 32.

CAPÍTULO III.

DE LOS DISTINTOS MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD.

SUMARIO.—Adquisicion por ocupacion.—Animales salvajes.—Objetos inanimados.—Ocupacion en la guerra.—Adquisicion por accesion.—Especificacion.—Conmixtion.—Tradicion.

Los modos de adquirir la propiedad son originarios ó derivativos. Los originarios se aplican á las cosas que nunca han pertenecido ántes á otro, ó, por lo ménos, que no le pertenecian inmediatamente ántes de la adquisicion. El modo derivativo tiene lugar cuando una persona adquiere un derecho de propiedad preexistente en otro, y del cual recibimos la cosa. En esta clase de adquisiciones hay siempre una pérdida de propiedad de parte del antiguo dueño, quien la traspasa al nuevo propietario.

Adquisicion por ocupacion.—Entre los modos originarios de adquirir la propiedad, la ocupacion es el más natural. Consiste en posesionarse de las cosas que no tienen dueño con la intencion de apropiárselas. Los Romanos aplicaron la regla: *res nullius cedit ocupanti*, no sólo á las cosas que nunca habian sido apropiadas, sino tambien á las que, habiendo tenido ántes dueño, habian dejado de tenerlo. Hay diferentes clases de ocupacion, en relacion con las distintas clases de cosas que no tienen dueño (1).

Animales salvajes.—Toda clase de animales bravíos, sean bestias, aves ó peces, se incluyen en esta regla; así es que hasta en el caso de ser cogidos por uno que penetra en terreno ajeno, pertenecen al que los ha apresado, á ménos que alguna ley penal declare terminantemente lo contrario (2). Los

---

(1) I. 2, 1, 12.
(2) I. 2, 1, 12.

ciervos de un bosque, los conejos de un soto, los peces de un estanque y demás animales bravíos, en cuya posesion está el primer dueño de ellos, no pueden ser apropiados por otros á ménos que hayan conseguido su libertad, en cuyo caso pueden ser adquiridos otra vez por ocupacion. Los animales mansos ó domesticados, como caballos, carneros, aves de corral, etc., siempre pertenecen á sus dueños, aunque anden libres y no estén encerrados. La misma regla rige tocante á los animales bravíos ya apropiados, y que tienen la costumbre de volver á casa de sus dueños, como las palomas, los falcones cazadores, y los enjambres de abejas cuando abandonan la colmena, miéntras son perseguidos por el dueño (1).

Justiniano era de parecer que una fiera no pertenece á la persona que la ha herido, y que la propiedad de ella no puede obtenerse sino aprehendiéndola en el momento, porque ocurren con frecuencia accidentes que impiden la captura (2). Respecto de la pesca de la ballena se han establecido reglas especiales en Inglaterra. Cuando es herido el animal con un harpon al cual va unida una cuerda, ó se enreda en ésta de suerte que continúa bajo el poder del que lanzó aquel, se considera pescado y pertenece al que ha dado el golpe; pero si la cuerda se rompe, sin que se haya interpuesto otro pescador, se considera al animal libre y puede ser capturado por otro.

Segun el Derecho natural, la caza es completamente libre; pero el Derecho civil de cási todas las naciones ha impuesto más ó ménos restricciones á esta libertad natural. Las leyes sobre la caza son tan antiguas como Solon. Entre los Romanos cualquiera podia cazar en su propio terreno ó en el de otro; pero todo propietario tenia el derecho de oponerse á que los extraños entrasen en su finca para cazar. En 1789 se abolieron las antiguas leyes y opresiones sobre la caza en Francia, y segun la Legislacion vigente, los propietarios pueden cazar en sus tierras en épocas determinadas y despues de haber obtenido el correspondiente permiso; pero nadie puede cazar en terrenos ajenos sin licencia de su dueño, y caso de contravencion hay que pagar los daños y satisfacer una multa al

(1) I. 2, 1, 14 y 15.
(2) I. 2, 1, 13.—*Vinnius Com.*, h. t.

propietario y al municipio. Se decretó una ley sobre el régimen de la caza en 3 de Mayo de 1844, y el reglamento correspondiente en 5 de Mayo de 1845 (1). En Inglaterra la legislacion relativa á la caza se encuentra en várias Estatutos especiales. Cualquiera persona que adquiera licencia puede cazar en sus propias fincas, ó en la de otro con su permiso.

Objetos inanimados.—Segun el Derecho Romano, los objetos inanimados, sin dueño, como las perlas, las conchas ó las piedras preciosas que aparezcan en la playa, pertenecen al que las haya encontrado (2). Un tesoro es el oro ó la plata escondidos bajo tierra, y cuyo dueño no es conocido. Estos tesoros pertenecen naturalmente al que los ha descubierto; pero las leyes ó costumbres de un país pueden ordenar otra cosa, y el Derecho Romano ha variado en este particular segun las épocas. Segun la Constitucion de Adriano, á que se hace referencia en la Instituta, cuando uno encontraba un tesoro en su propio terreno se hacia dueño de él; pero si por casualidad lo encontraba en un terreno ajeno, una mitad pertenecia al que hubiese hecho el hallazgo, y la otra mitad al propietario de aquel (3). El Código francés ha adoptado esta regla (4). En Inglaterra y en algunos otros países, los tesoros así descubiertos pertenecian á la Corona.

Las cosas abandonadas voluntariamente por el dueño con la intencion de hacer dejacion de ellas para siempre, podia apropiárselas, segun el Derecho Romano, cualquiera que las encontrara. Las cosas perdidas por descuido ó por casualidad, ó tiradas por necesidad, como, por ejemplo, las mercancías que se arrojan al mar con objeto de aligerar al buque, no se consideraban abandonadas y seguian siendo de la propiedad de sus dueños (5).

Ocupacion en la guerra.—Entre los Romanos la ocupacion se extendia tanto á los bienes como á las personas de los enemigos capturados durante la guerra. Los inmuebles de que se apoderaban en tal caso, se dejaban á disposicion del Estado,

(1) Blackstone, *Comm.*, p. 414.—Bouillet, *Dict. Universel des Sciences des Lettres et des Arts*: palabra *chasse*.
(2) I. 2, 1, 18.
(3) I. 2, 1, 39.
(4) *Código civil*, art. 716.
(5) I. 2, 1, 46 y 47.

y áun en lo tocante á los muebles capturados al enemigo, la regla de que pertenecian al primero que los ocupara se modificaba por la disciplina del ejército y por las reglas acerca del botin tomado por las tropas en comun (1).

En el Código civil francés, la regla general que se ha establecido es que las cosas sin dueño pertenecen al Estado (2). En Inglaterra es una máxima reconocida que todas las tierras del reino, respecto de las cuales el súbdito no puede presentar título alguno de propiedad, pertenecen á la Corona. Y áun tocante á las cosas ya apropiadas, pero perdidas ó abandonadas, como bienes mostrencos, se sigue la regla: *quod nullius est fit domini regis*.

Adquisicion por accesion.—Otra manera de adquirir la propiedad es por accesion, por la cual la cosa principal lleva consigo la propiedad de lo accesorio. Así los frutos naturales ó industriales de la tierra, los frutos civiles, como los alquileres de las casas, el rédito del dinero y las crias de los animales, todos pertenecen al propietario de la cosa principal mediante el derecho de accesion. Una casa ú otro edificio, aunque se haya construido con materiales ajenos y á costa de otro, pertenece al dueño del terreno en que se ha levantado: *solo cedit quod solo inedificatur;* pero se debe indemnizacion por los gastos cuando se han hecho de buena fé. Con arreglo al mismo principio, los árboles que arraigan en terreno de uno, plantados por un extraño, pertenecen á aquel (3). Las tierras ganadas al mar ó á los rios á causa de los depósitos de arena ó tierra que se van formando por el aluvion ó por retroceso gradual y paulatino de las aguas, pertenecen, por derecho de accesion natural, al dueño de la finca que recibe el aumento; pero la propiedad no experimenta cambio alguno cuando tiene lugar una inundacion pasajera. Cuando á consecuencia de una creciente repentina de los rios, una parte considerable de tierra, fácil de reconocer, se desprende de una finca y se une á otra por la corriente del rio, ya esté ésta en la orilla opuesta ó más abajo en la misma, el terreno así separado continúa siendo del dueño

(1) Ortolan, *Institutes*, vol. II, p. 261.
(2) *Código civil*, art. 713.
(3) I. 2, 2, 1, 30-32.

primitivo, con tal de que haga valer su derecho en tiempo debido (1).

Cuando una isla nueva aparecia en el mar, el Derecho Romano la declaraba del que primero la ocupara (2); pero el Derecho inglés la atribuye á la Corona (3), y el mismo principio se aplica al caso en que aparece una isla en medio de un rio público. Labeon dice: *insula quoque quæ in flumine publico nata est, publica esse debet* (4). Pero los Romanos establecieron la regla de que si una isla aparecia en medio de un rio, pertenecia en comun á los dueños de las tierras de ámbas orillas; pero si está más próxima á una que á otra, pertenece al propietario de la más cercana (5). El Código moderno francés ha adoptado esta regla en lo tocante á los rios particulares no navegables; pero cuando una isla aparece en un rio público, pertenece al Estado, si no hay derecho ó prescripcion en contrario (6).

Especificacion.—Al aplicar el derecho de accesion á los bienes muebles, surgen algunas cuestiones intrincadas cuando una persona ha puesto el trabajo y los materiales pertenecen á otra, ó cuando dos cosas muebles, pertenecientes á diferentes dueños, se mezclan ó incorporan. Cuando se forma un nuevo objeto ó especie de materiales que ántes pertenecian á otro, como la harina del trigo y el vino de las uvas, los comentaristas llaman á esta operacion *especificacion*. En tales casos, la regla general es, que si la nueva especie puede reducirse de nuevo á la materia primitiva de que se ha hecho, como una vagilla de plata que puede reducirse á plata sin labrar, el Derecho considera que la primera especie existe todavía; así que el propietario la puede reclamar en el nuevo estado que ha adquirido; pero cuando la sustancia se cambia totalmente, de suerte que no puede recobrar su condicion primitiva, como sucede con el pan respecto del trigo, ó con el vino respecto de las uvas, la propiedad pertenece al artífice, el cual tiene la obligacion de satisfacer el importe de los materiales al dueño

(1) I. 2, 1, 20 y 21.
(2) I. 2, 1, 22.
(3) Black. *Com.*, lib. 2, cap. 16.
(4) D. 41, 1, 65, 4.
(5) I. 2, 1, 22.
(6) *Código civil*, art. 560-561.

de éstos. Un cuadro pintado sobre una tabla ó lienzo perteneciente á otro, era de la propiedad del pintor en consideracion á la excelencia de su arte, «porque seria ridículo,» decia Justiniano, «que una obra de Apeles ó de Parrhasio se considerara como accesion de una despreciable tabla» (1). Incurriendo en inconsecuencia, sin embargo, este favor no se extendió á lo que se habia escrito en el papel ó pergamino de otro, que pertenecia, no al escritor, sino al dueño de los materiales (2). Se ha hecho notar por algunos que esta doctrina no se refiere á la propiedad literaria, considerada como resultado del estudio ó del génio, y sí tan sólo á la propiedad de los escritos mismos, debiéndose tener presente que en aquella época la imprenta no era conocida (3).

Conmixtion.—Cuando dos cosas se mezclaban con el consentimiento de los dueños, el todo se hacia propiedad comun, ya se haya formado una nueva especie ó no, ya sea ó no posible la separacion. Si las cosas de un mismo género se mezclan sin el consentimiento de los dueños, y es posible separarlas, como, por ejemplo, dos rebaños de carneros, la propiedad permanece siendo distinta. Pero cuando las cosas así mezcladas no pueden separarse, como, por ejemplo, dos barricas de vino, el todo se hace propiedad comun, debiendo de tomarse en cuenta la diferente calidad de los vinos ántes de mezclarse para distribuir el precio. Todas estas cuestiones debian resolverse, en cuanto fuere posible, segun los principios de la equidad natural (4).

Tradicion.—Entre los modos derivativos de adquirir la propiedad se encuentran: la donacion, la permuta, el contrato, la sucesion ú otro justo título seguido de la posesion de la cosa (5). En resúmen, lo esencial de la propiedad es que el dueño de una cosa tenga el derecho de traspasarla á otro poniéndole en posesion de ella. Pero es un principio del Derecho Romano, el cual en este punto difiere de algunas legislaciones modernas, que la propiedad no se transfiere de una persona á otra mediante una mera convencion y sin tradicion. Se necesitan dos cosas para la transferencia de la propiedad: 1.ª, el consentimiento del dueño al transferir la cosa por alguna justa causa, como la donacion, la venta, la permuta, etc.; y 2.ª, la entrega real de la cosa con dicha intencion á la persona que la va á adquirir; y si ántes está ya en su poder, necesita dejársela con el propósito de que se haga propietario de ella (1).

(1) I. 2, 1, 34.
(2) *Cujus diversitotis vix idonea ratio redditur*, Gayo, 2, 78.
(3) Ortolan, *Institutes*, t. II, p. 293.
(4) I. 2, 1, 28.—*Código civil*, art. 565.
(5) I. 2, 1, 40.

El Derecho francés reconoce como doctrina general, que la propiedad puede transferirse de una persona á otra por el sólo efecto de la convencion (2). Pero este principio no se sigue como era lógico en la parte referente á los bienes muebles, pues la posesion de los muebles se declara equivalente á un título, á pesar de lo que, si se hubiesen vendido ó robado, el dueño puede, dentro de los tres años, volverlos á recuperar de aquellos que los tengan en su poder (3).

(1) «Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur.»—Paulus, D. 41, 2, 31, pr.
«Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.»—C. 2, 3, 20.
(2) *Código civil*, art. 711, 1138, 1583.
(3) *Código civil*, art. 22 y 29. «En fait de meubles possession vaut titre.» Maynz, *Droit Romain*, t. I, p. 462.

CAPÍTULO IV.

DE LA POSESION.

SUMARIO.—Efectos jurídicos de la posesion.—Cuándo la posesion *bona fide* da derecho á los frutos.

Efectos jurídicos de la posesion.—La posesion, distintivo de la propiedad, lleva consigo importantes consecuencias en el Derecho. Así, respecto de los bienes muebles, la ley presume que la propiedad es del poseedor hasta que se aduzca prueba positiva en contrario. Además, si una persona ha obtenido la posesion por medios buenos y justos, tiene derecho á continuar disfrutándola hasta que la cuestion sobre la propiedad se resuelva en definitiva; y si ha sido despojado por dolo ó violencia, tiene derecho á que en un breve término se le vuelva á poner en posesion de la cosa sin esperar la terminacion del pleito.

La posesion puede tomarse en virtud de un título bueno ó de un título malo, y de aquí que no da necesariamente derecho á los frutos. En este particular, el Derecho distingue entre el poseedor de buena fé, el cual, aunque no sea el verdadero propietario, cree en conciencia y fundadamente que lo es; y el poseedor de mala fé, que sabe ó debe saber que no es el legítimo dueño de la cosa que posee.

Cuándo la posesion bona fide da derecho á los frutos.—Segun el Derecho Romano, el poseedor de buena fé tenia derecho á los frutos de la cosa cosechados y consumidos por él, miéntras tuviera motivos para considerar su título bueno (1). Ha sido muy debatido entre los comentaristas si era preciso, además de recoger los frutos, que los consumiera, para que tu-

(1) I. 2, 1, 35.

viese este derecho el poseedor *bona fide*, y la opinion que predomina entre las mejores autoridades es que era necesario el consumo para producir este efecto, á ménos que el poseedor hubiese adquirido por prescripcion el derecho á los frutos en calidad de muebles (1). Segun la costumbre de Escocia, sin embargo, la sola percepcion sin el consumo basta al poseedor. En cuanto al de mala fé, nunca se ha puesto en duda su obligacion de devolver al propietario todos los frutos recogidos desde el tiempo en que entró en posesion, sea la que fuere la naturaleza de aquellos y sin atender á si se han consumido ó no (2).

Todos los frutos, sean naturales ó industriales, podian adquirirse por el poseedor de buena fé, y los frutos civiles, como los alquileres de casas, están en igual caso que las rentas de tierras. Algunos escritores, sin embargo, como Lord Bankton, sostienen que esta doctrina no debe aceptarse en cuanto á los valores del Estado y otros análogos. Pero esta opinion no se funda en razon alguna que no pueda aplicarse igualmente á otras cosas que no producen frutos naturales; y aunque un texto de Pomponio (3) viene en apoyo de esta doctrina, queda compensado con exceso con la autoridad de Ulpiano, que dice: «*usuræ vicem fructuum obtinent et merito non debent a fructibus separari* (4).

(1) *De Fresquet*, vol. I, p. 261.—Marezoll, § 97, nota.
(2) I. 2, 2, 1, 35.
(3) D. 50, 16, 121.
(4) D. 22, 1, 34.

CAPÍTULO V.

DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES.

UMARIO.=Carácter general de las servidumbres.—Servidumbres rústicas.—Servidumbres urbanas.—Modos de constituirse y terminarse las servidumbres.—Derecho moderno sobre servidumbres.

Carácter general de las servidumbres. — La propiedad, aunque naturalmente ilimitada, es susceptible de importantes restricciones. Por las servidumbres el propietario está embarazado en el pleno uso de su propiedad, ó se vé obligado á permitir que otro haga algo en ella. Los Romanos dividieron las servidumbres en prediales y personales, segun que el derecho se concediera en favor de una finca ó de una persona (1). Las servidumbres prediales se concedian á favor del propietario de una finca dada: *prædium servit prædio.* Las servidumbres personales nacen cuando el uso de una cosa se concede como un derecho real á un indivíduo particular distinto del propietario: *prædium servit personæ.*

Como la servidumbre es una especie de desmembramiento del derecho de propiedad, nunca se presume, y la persona que lo reclama tiene que probar su existencia y su extension. Nadie puede tener una servidumbre en su propia propiedad: *nulli res sua servit* (2). El fin de una servidumbre es, ó permitir que otro haga algo, ó el no hacer uno algo, y nunca consiste en hacer: *servitus in faciendo consistere non potest* (3).

El propietario del predio gravado no puede hacer nada que pueda estorbar el uso de la servidumbre, ó hacerla ménos útil; y, por otro lado, el que posee el derecho de servidumbre debe ejercerlo de la manera ménos perjudicial para el predio sirviente.

(1) D. 8, 1, 1.
(2) D. 8, 2, 26.
(3) D. 8, 1, 15, 1.

Las servidumbres prediales eran numerosas, é implican la existencia de dos inmuebles: el que tiene el derecho se llamaba predio dominante; y el otro, que era el gravado, se llamaba predio sirviente. Antiguamente las servidumbres prediales se limitaban á las tierras de Italia, restriccion que desapareció en el nuevo Derecho Romano (1).

Servidumbres rústicas. — Las servidumbres prediales se dividian en rústicas y urbanas: las primeras se referian á tierras, viñedos, jardines, etc., donde quiera que estuviesen situados, y las últimas á casas y edificios, ya estuvieren en poblado, ya en despoblado. Las principales servidumbres rústicas de los Romanos eran *iter*, *actus*, *via*, *aquæductus*, *aquæhaustus* y *jus pascendi pecoris*. *Iter* era el derecho de pasar por la propiedad de otro á pié, á caballo ó en litera. *Actus* era el derecho de pasar por un camino para conducir carruajes, ganado y bestias de carga. *Via* era el derecho más ámplio de paso, y comprendia, no sólo los dos primeros, sino tambien la facultad de servirse del camino para toda clase de carruajes, y para el arrastre de piedras, maderas y materiales de construccion. Segun el Derecho inglés, y en cási todas las Legislaciones modernas, la servidumbre de paso es de tres clases: camino de á pié, camino de herradura y camino carretero. Esta clase de servidumbre no impone al dueño del predio sirviente la obligacion de componer el camino, sino que el dueño del dominante tenia el derecho de hacerlo á su costa.

Aquæductus es una servidumbre que consiste en el derecho de conducir aguas por medio de canales, caños ó tubos á través de terreno de otro. El dueño del predio dominante tiene que mantener el acueducto en buen estado, y para este fin tiene derecho á penetrar en la finca dentro de límites razonables. *Aquæhaustus* es el derecho de dar de beber al ganado en un rio, estanque ó pozo en terreno ajeno. Hay tambien el derecho de sacar agua de la fuente de otro para el servicio doméstico, y ámbos implican el derecho de paso en cuanto es necesario para poder ejercer el de servidumbre.

El *jus pascendi pecoris* es el de apacentar ganados en terreno ajeno, fijándose generalmente la naturaleza y extension del gravámen por el acto de su constitucion ó por costumbre. Si no hay un convenio especial en cuanto á los límites del derecho, sólo puede extenderse al número de animales que se apacentan en el predio dominante (1). Finalmente, hay otras muchas servidumbres, que dan derecho á á sacar del predio sirviente piedra, cal, arena, estacas para las viñas, etc. (2)

(1) Marezoll, § 105.

Servidumbres urbanas. — Veamosa hora algunas de las principales servidumbres urbanas entre los Romanos. La servidumbre de carga, *oneris ferendi*, daba derecho á apoyar todo ó parte de un edificio en el muro ó propiedad de otro. Era preciso que el dueño del predio sirviente mantuviera este en buen estado para que pudiera sostener la carga (3). Esta es, al parecer, una excepcion de la regla general ántes mencionada, segun la que las servidumbres son puramente pasivas tocante al predio sirviente (4). Por costumbre no hay en Escocia semejante obligacion, si no existe un contrato especial. El *jus tigni immittendi* es el derecho de apoyar una viga en la pared de la casa vecina.

Ningun propietario puede construir su casa de manera que las aguas llovedizas, corriendo por el tejado, caigan en terreno de otro, á ménos que no tenga en su favor una servidumbre, que se llamaba *stillicidii vel fluminis recipiendi servitus*. La voz *stillicidium* quiere decir agua que cae gota á gota; cuando aquella se recoge por medio de caños, se llama *flumen*. Por razones de conveniencia pública, el antiguo Derecho Romano obligaba á los propietarios á edificar á cierta distancia de los linderos de su terreno.

Por las servidumbres *altius non tollendi et non officiendi luminibus vel prospectui*, se impedia á los propietarios levantar sus casas y edificios más allá de cierta altura, ó de construirlos de tal manera que quitasen la luz ó las vistas del predio dominante. Cuando no se han impuesto semejantes restricciones, un propietario naturalmente puede en terreno

(1) I. 2, 3, 2.
(2) I. 2, 3, 2. D. 8, 3. De servitutibus prædiorum rusticorum.
(3) D. 8, 5, 6.
(4) D. 8, 1, 15, 1.

propio edificar hasta la altura que quiera, sin tomar en cuenta el perjuicio que pueda causar á sus vecinos (1).

Modos de constituirse y terminar las servidumbres.—Las servidumbres se constituian, segun el Derecho Romano, por convencion, por testamento y por prescripcion (2). Se extinguian: 1.° por renuncia; 2.° por llegar el predio dominante y el sirviente á pertenecer á la misma persona, lo cual se llamaba consolidacion ó confusion; 3.° por hacerse á causa de las circunstancias inútil la servidumbre, como, por ejemplo, por la extincion del predio dominante ó del sirviente; pero si se demolia un edificio y se reedificaba *de recenti*, la servidumbre revivia (3); 4.° las servidumbres afirmativas se perdian, *non utendo*, por el hecho de dejar de usarla el dueño del predio dominante durante el período de la prescripcion negativa, es decir, por diez años si las partes vivian en la misma provincia, y veinte en otro caso (4).

Derecho moderno sobre servidumbres.—Las servidumbres del Derecho francés están reguladas por el Código civil en su libro II, título IV: *Des servitudes ou services fonciers*, artículo 637 al 710. El Derecho escocés referente á servidumbres está basado en el sistema Romano (5), con la diferencia de que el período de la prescripcion es de cuarenta años (6).

Los *easements* del Derecho inglés corresponden, hasta cierto punto, á las servidumbres del Derecho Romano. Por un Estatuto de Guillermo IV (2 y 3, cap. 71), el haber disfrutado sin interrupcion durante cuarenta años de cualquiera paso ú otro *easement*, arroyo ó curso de agua, y durante veinte años del uso de la luz para una habitacion ú otro edificio, constituye actualmente un derecho absoluto á favor del ocupante, á ménos que su posesion proceda de un convenio hecho para aquel fin y hecho constar por escrito (7).

---

(1) D. 8, 2. «De servitutibus prædiorum rusticorum.»
(2) I. 2, 4, 4.
(3) D. 8, 2, 20, 2.
(4) D. 8, 2, 6.—Hein., Inst., § 413.
(5) Lo mismo sucede con el Derecho español, aunque con algunas modificaciones, especialmente en las provincias en que rige la legislacion foral. (N. del T.)
(6) Ersk. 2, 9.
(7) Lord St. Leonards.—Treatise on new Statutes relating to Property, 2.ª ed., p. 162-165.

CAPÍTULO VI.

USUFRUCTO, USO Y HABITACION.

SUMARIO.—Naturaleza del usufructo.—Derechos y obligaciones del usufructuario.—Conclusion del derecho de usufructo.—Definicion del *usus*.—Habitacion.—*Operæ servorum*.

Los Romanos incluyeron tres derechos bajo la denominacion de servidumbres personales: el usufructo, el uso y la habitacion. El usufructo es el más importante; los otros dos tienen escaso valor práctico en las legislaciones modernas.

Naturaleza del usufructo.—El usufructo es el derecho de usar una cosa que pertenece á otro, percibiendo sus frutos ó productos sin deteriorar su sustancia. Este derecho podia conferirse por contrato ó por testamento, por toda la vida del concesionario ó por un período limitado. Podian ser objeto de usufructo las casas, las tierras, los esclavos, las bestias de carga y otras cosas (1). El verdadero usufructo es posible sólo respecto de aquellas cosas que pueden devolverse completas cuando el derecho fenece, y no respecto de las que, como el vino y otras fungibles, se consumen por el uso. Sin embargo, por un *senatusconsultum*, de fecha incierta, atribuido por Hugo al reinado de Augusto, y por otros escritores al de Tiberio, podia establecerse un *quasi* usufructo sobre cosas que se consumen por el uso, dando el usufructario fianza en garantía de la devolucion á la espiracion del plazo de cantidad y valor iguales á lo recibido, ú ofreciendo pagar su equivalente en dinero (2). *Nuda proprietas* es el término usado para expresar el derecho de propiedad reservado en oposicion al usufructo.

---

(1) I. 2, 4, pr. § 2.
(2) D. 7, 5, 7.

Derechos y obligaciones del usufructuario.—El usufructuario tiene derecho á todos los frutos de la cosa, así naturales como civiles. El que tiene á los frutos de la tierra no se hace efectivo, sin embargo, miéntras no se hayan cosechado, y si falleciera ántes, no pasa el derecho á sus herederos (1). Tiene derecho á las crias de los animales, pero no á las de los esclavos; excepcion que se funda, segun Ulpiano, en que éstos se ceden en usufructo en consideracion tan sólo de su trabajo y no de su prole.

Justiniano la explica apoyándose en consideraciones deducidas de la dignidad de la naturaleza humana, teorías evidentemente tomadas de la escuela estoica, pero que no se concilian fácilmente con una legislacion que permitia que los esclavos se vendiesen y se heredasen como animales (2).

El usufructuario puede por sí mismo poseer la cosa, ó arrendarla á otro, y puede ceder el ejercicio de su derecho onerosa ó gratuitamente. Está obligado, sin embargo, á conducirse respecto de la propiedad como un buen administrador, á hacer todas las reparaciones debidas y necesarias, y á pagar todos los impuestos ordinarios. Es de su deber reponer las viñas ó árboles frutales que se hacen improductivos, ó que se hubiesen destruido por accidente; y cuando se trata de ganados, está obligado á mantener siempre el mismo número de cabezas. Para garantir la cosa contra todo daño posible ó usurpacion, se puede compeler al usufructuario á prestar fianza para la devolucion de la cosa en la misma condicion en que estaba cuando entró en posesion de la misma (3).

Conclusion del derecho de usufructo.—El usufructo concluye, segun el Derecho Romano, por la muerte natural ó civil del usufructuario, ó por la espiracion del período por que se habia concedido el derecho; por la consolidacion, cuando el usufructo y la propiedad llegaban á unirse en una sola persona; por la total destruccion de la cosa; y por el no uso durante diez años, cuando las partes viven en la misma provincia, y veinte años cuando nó (4).

---

(1) I. 2. 1, 36.
(2) I. 2. 1, 37.
(3) D. 7, 9, 1.
(4) I. 2, 4, 3.—Ortolan, *Institutes*, t. 2, p. 344.

Definicion del usus.—*Usus*, segun el Derecho Romano, era el derecho á una cosa que pertenecia á otro, sin daño de su sustancia y sin tener derecho á sus productos ó frutos sino en lo preciso para las necesidades diarias del que tenia este derecho y de su familia. Así que era mucho ménos beneficioso el uso de una cosa que el usufructo. Además, el que tenia el uso de la cosa sólo podia disfrutar de su derecho personalmente, y no la podia vender, arrendar, ni donar á otro.

El *usus* se constituia y concluia de la misma manera que el usufructo (1).

Habitacion.—*Habitatio* era el derecho á residir gratuitamente en una casa que pertenecia á otro. Era en su orígen un derecho personal, pero Justiniano permitió que el agraciado viviese en la casa ó la alquilase como vivienda á otro (2).

Operæ servorum.—Bajo este epígrafe incluimos las *operæ servorum*, que era el derecho personal al servicio de esclavos que pertenecian á otro (3). Cuando se dejaba un legado de esta especie, el derecho no concluia por la muerte del legatario, sino que se trasmitia á los herederos, los cuales disfrutaban de él durante la vida del esclavo. De análoga naturaleza era el derecho al trabajo de los animales: *operæ animalium* (4).

---

(1) I. 2, 5, pr. y 1 y 2.
(2) I. 2, 5, 5.
(3) D. 7, 7.
(4) D. 7, 9, 5, 3.—Maynz, § 217.

CAPÍTULO VII.

DE LA ENFITÉUSIS Y DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

SUMARIO.=Naturaleza de la enfitéusis.—Cómo se constituia.—Derechos y obligaciones del enfitéuta.—Conclusion de la enfitéusis.—Naturaleza del derecho de superficie.

Naturaleza de la enfitéusis.—La enfitéusis es en Derecho Romano un contrato, por el cual un propietario, sin abandonar la propiedad, cede á otro un derecho real sobre la finca, generalmente á perpetuidad, mediante una retribucion anual en dinero ó frutos. La palabra *emphyteusis* se comenzó á usar desde el siglo II de la Era cristiana; pero se conocian derechos más ó ménos análogos á éste desde una época más remota. En su orígen este contrato era una especie de arriendo perpétuo; andando los tiempos, cuando los derechos que conferia alcanzaron más importancia, surgió la cuestion de si no debia considerarse como una venta; y al fin se declaró en una Constitucion del Emperador Zenon, que no debia considerarse ni como venta ni como arriendo, sino como contrato particular que debia regirse por reglas propias (1). Segun Sir Tomas Craig y otros escritores, este derecho se parecia mucho al tan conocido en Derecho escocés *feu-right*; pero Maynz sostiene que no conferia lo que comunmente se llama *dominium utile*, ó un derecho de propiedad, y dice que los Romanos tenian siempre cuidado de distinguir entre el *emphyteuta* y el *dominus* (2).

Cómo se constituia.—La *emphyteusis* podia establecerse por contrato ó por testamento. Segun Maynz, no hay texto

(1) I. 3, 25, 3.
(2) Maynz, § 232.

alguno expreso en que fundarse para sostener que este derecho podia adquirirse por prescripcion (1).

Derechos y obligaciones del enfitéuta.—Aunque los derechos conferidos al dar una finca en enfitéusis no tuvieran en teoría la extension de la propiedad absoluta, eran en sustancia muy parecidos, y eran más latos que los del usufructo. No sólo tenia el concesionario el derecho de poseer la tierra y de percibir los frutos, á condicion de pagar el cánon, sino que podia transformar la sustancia, poniendo en cultivo los terrenos baldíos, edificando, sembrando y llevando á cabo otras operaciones, con tal que no deteriorara la cosa. Podia vender su derecho y traspasarlo á sus herederos. En caso de venta, el propietario tenia el derecho de comprar ántes que otros, ó sea de tanteo, si deseaba adquirir la cosa por cuenta propia y pagando el precio ofrecido, y cada vez que se enagenaba á un extraño podia exigir una cantidad, llamada *laudemium*, que Justiniano fijó en la quinquagésima parte del valor de la finca. El derecho se perdia y volvia al propietario, si el concesionario deterioraba la cosa ó dejaba de pagar el cánon anual por dos años, cuando se trataba de bienes de la Iglesia, y por tres en los demás casos (2).

Conclusion de la enfitéusis.—El Derecho concluia tambien por consentimiento de las partes, por la destruccion total de la cosa, por la espiracion del plazo, cuando la enfitéusis se habia constituido por un período limitado, y por la muerte del enfitéuta sin dejar herederos legítimos (3).

Naturaleza del derecho de superficie.—Este derecho real, que tiene una gran analogía con la enfitéusis, se llamaba *superficies*. Mediante éste, un propietario concedia á otra persona un espacio de terreno para que construyera en él un edificio, sin desprenderse de la propiedad del terreno. La propiedad del edificio corresponde al dueño de la tierra, pero el concesionario adquiria un derecho real á la completa posesion y disfrute del edificio por un período limitado ó á perpetuidad, y este derecho era transferible en vida y trasmisible á los herederos.

---

(1) Maynz, § 236.—Mackeldey, § 333.
(2) C. 4, 66, 2.—N. 7, 3, § 2.
(3) Ortolan, *Institutes*, t. III, p. 292.—Maynz, § 232.

Se constituia por contrato, y el derecho podia concederse mediante el pago de una cantidad alzada ó de un cánon anual (1). En muchos puntos este *jus superficiarium* tiene grande semejanza con los arriendos por plazos muy largos que los propietarios de Inglaterra hacen mediante el pago de una renta y reservándose siempre la propiedad del suelo.

---

(1) D. 43, 8. *De superficiebus*.—Ortolan, t. III, p. 295.—Maynz, § 238.

CAPÍTULO VIII.

DE LA PRESCRIPCION.

SUMARIO.=I. DERECHO ROMANO.—Naturaleza de la prescripcion.—De la prescripcion en tiempo de Justiniano.—Prescripcion de treinta y cuarenta años.—Efecto de la interrupcion.—La prescripcion queda en suspenso durante la menor edad. —Cuándo empieza á tener efecto la prescripcion.—De las cosas fuera del comercio.=II. DERECHO FRANCÉS.—De la prescripcion segun el Derecho francés.=III. DERECHO INGLÉS.—La prescripcion ó *limitation* segun el Derecho inglés.—Prescripcion de las servidumbres.—Prescripcion de las acciones.=IV. DERECHO ESCOCÉS.—Prescripcion larga.—Prescripcion más breve.=V. DERECHO INTERNACIONAL.—Conflicto entre las Legislaciones con respecto á la prescripcion.—Bienes inmuebles.—Obligaciones personales.=VI. DERECHO ESPAÑOL.—Prescripcion de dominio.—Prescripcion de accion.—Legislacion foral.

I.—DERECHO ROMANO.

La prescripcion da un derecho indisputable á la propiedad mediante una posesion contínua durante cierto período de tiempo y con las condiciones determinadas por la ley. Es tambien una manera de hacer ineficaces las acciones que no se hubiesen ejercitado dentro del plazo establecido por el Derecho. De suerte que hay derechos que se adquieren y otros que se pierden por la prescripcion.

Naturaleza de la prescripcion.—Segun Modestino, la *usucapio* es la adquisicion de la propiedad por la posesion contínua durante un período fijado por la ley. *Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* (1). La *prescriptio longi temporis*, de otro lado, era una excepcion que estorbaba la accion del dueño primitivo contra el poseedor. Cuando una persona, que habia estado en posesion durante el período prescripto, la perdia despues, el

(1) D. 41, 3, 3. Modestinus.

Derecho pretorio le concedia una *actio utilis* para reivindicar su derecho. En tiempo de Justiniano, la *usucapio* y la *prescriptio longi temporis* se confundieron, y se introdujeron nuevas reglas. Los jurisconsultos modernos emplean el término prescripcion en sentido general, aplicándolo al caso en que el lapso del tiempo destruye el derecho del antiguo dueño y lo transfiere al poseedor, y tambien cuando solamente impide la accion que tenia aquel contra el poseedor.

De la prescripcion en tiempo de Justiniano.—En los primeros tiempos del Derecho Romano, se adquirian por prescripcion los muebles mediante la posesion de un año, y los inmuebles mediante una posesion de dos años (1). Estos períodos se extendieron en tiempo de Justiniano á tres años de una posesion pacífica respecto de los muebles; y en cuanto á los inmuebles, á diez años cuando los interesados estaban presentes, es decir, domiciliados en la misma provincia; y á veinte años cuando estaban ausentes, es decir, cuando vivian en distintas provincias, y esto sin tomar en cuenta la situacion de las fincas (2). Pero el derecho á la cosa poseida sólo podia adquirirse de esta manera por quien hubiere obtenido la posesion de buena fé, y mediante una venta, donacion ú otro justo título para adquirir la propiedad. Era necesario que la posesion fuera pacífica y no interrumpida durante el período exigido por la ley, y en concepto de propietario; pero para completar el tiempo de la prescripcion podia uno añadir á su posesion la de su causahabiente. Cuando las partes residian en la misma provincia durante una parte del período de diez años, pero no durante todo él, se computaba el tiempo, calculando que dos años de ausencia equivalian á un año de residencia en la misma provincia (3).

Prescripcion de treinta y cuarenta años.—La posesion pacífica durante treinta años daba generalmente un buen medio de defensa, en cuanto podia alegarse como excepcion, áun cuando el poseedor hubiere entrado en aquella sin título, ó cuando, teniendo título ostensible, la cosa pertenecia á una clase exceptuada de la prescripcion ordinaria. Pero si faltaban

(1) I. 2, 6, pr.
(2) I. 2, 6, pr.—C. 7, 33, 12.
(3) N. 119, cap. 8.

estas dos condiciones de prescripcion ordinaria, el Derecho Romano reconocia efecto á la prescripcion extraordinaria de cuarenta años (1).

Efecto de la interrupcion.—La prescripcion puede interrumpirse mediante cualquier acto, por el cual el propietario ó acreedor ejercita su derecho. La interrupcion natural ocurre cuando el poseedor se ve privado de la posesion de la cosa por el verdadero propietario. La interrupcion civil nace del procedimiento judicial incoado por el dueño para reivindicar su derecho ántes de haber trascurrido el tiempo fijado por la ley para la prescripcion. La interrupcion produce el efecto de impedir el curso de la prescripcion; así que la persona que intenta prescribir, no puede aprovechar la posesion anterior, sino que debe empezar á contarla de nuevo desde la fecha de la interrupcion.

La prescripcion queda en suspenso durante la menor edad.—La accion de la prescripcion se suspende durante la menor edad de la persona que tiene derecho á oponerse á ella; pero no es una interrupcion de aquellas que destruyen el curso de la prescripcion, sino que produce tan sólo el efecto de que, al computarse el tiempo, deben rebajarse los años de la minoría.

Cuándo empieza á tener efecto la prescripcion.—La prescripcion, como modo de acabarse las obligaciones, sólo empieza á tener efecto desde la fecha en que el derecho ó la deuda puede pedirse judicialmente, porque hasta entónces no hay, propiamente hablando, accion; de aquí que, cuando una deuda es pagadera en un dia determinado, la prescripcion no empieza hasta dicha fecha. Cuando la deuda depende de una condicion, el plazo de la prescripcion no empieza miéntras la condicion no se ha cumplido; y cuando se trata de una fianza, hasta que no haya tenido lugar la eviccion.

De las cosas que están fuera del comercio.—Las cosas excluidas del comercio no pueden prescribirse. Segun el Derecho Romano, las cosas robadas, ó en cuya posesion se habia entrado por la fuerza, se consideraban *extra commercium* de tal modo, que no podian adquirirse mediante la prescripcion, ni

(1) Mackeldey, § 295.—Maynz, § 198.

áun por un poseedor *bona fide*; pero ésta y todas las demás excepciones eran, al parecer, ineficaces en la prescripcion *longissimi temporis* (1).

II.—DERECHO FRANCÉS.

De la prescripcion segun este derecho.—En el Código francés hay dos reglas generales referentes á prescripcion, muy semejantes á las del Derecho Romano. 1.ª El que adquiera de buena fé y con título bastante una cosa inmueble, hace suya por prescripcion la propiedad de la misma á los diez años, si el verdadero dueño vive en el territorio del tribunal en que la finca está situada, y á los veinte, si tiene el domicilio en otro punto (2). Basta que haya buena fé al principio, y como esto siempre se presume, el que alega la mala fé del otro tiene que probarla. Un título defectuoso en su forma no puede servir de base á esta prescripcion de diez ó veinte años (3). 2.ª Todas las acciones reales y personales quedan ineficaces por el lapso de treinta años, y esta prescripcion puede alegarse sin producir título alguno y sin que en su contra puedan utilizarse excepciones fundadas en la mala fé (4). Hay prescripciones de más breve plazo establecidas en el Derecho francés respecto de acciones determinadas, que varían, segun su naturaleza, desde cinco años hasta seis meses (5).

III.—DERECHO INGLÉS.

La prescripcion ó limitacion por Derecho inglés.—En Inglaterra el Estatuto de Guillermo IV (3 y 4, c. 27), introdujo algunos cambios importantes, limitando el tiempo dentro del cual podrian ejercitarse las acciones referentes á *bienes reales.* Los antiguos Estatutos de prescripcion (*limitation*) negaban el recurso pero no destruian el derecho; mas en la seccion 34 del Estatuto expresado, cuando el recurso se pierde por el lapso del tiempo, el derecho de la persona á la tierra, renta ó

(1) I. 2, 6.—D. 41, 3.—C. 7, 33.
(2) *Código Napoléon*, art. 2265.
(3) *Código Napoléon*, art. 2267 al 2269.
(4) *Código Napoléon*, art. 2262.
(5) *Código Napoléon*, 1, 3, sec. 4.ª, art. 2271 y sig.

patronato, cuyo recurso ha fenecido, se extingue. En la segunda seccion del mismo Estatuto se dispone que ninguna persona podrá entablar una accion para recobrar tierras ó rentas sino dentro de los veinte años, empezando á contar desde que ha tenido derecho á ejercitar dicha accion el demandante ó su causahabiente. Así que, por lo general, el período de veinte años es el ordinario; pero se exceptúa el caso de incapacidad, la cual reconoce por causa la infancia ó la menor edad, el estado de mujer casada (*coverture*), la demencia ó la ausencia en Ultramar; porque si alguien que tuviese este derecho estuviera por cualquiera de estos conceptos incapacitado, entónces tal persona, ó quien quiera que de ella derive su derecho, á pesar del trascurso de los veinte años, puede ejercitar una accion para recobrar las tierras ó rentas dentro de diez años, á contar desde el dia en que la persona en cuestion deje de ser incapaz ó falleciera; pero en el caso de incapacidad ó de una série de incapacidades, no se conceden más de cuarenta años, á contar desde el nacimiento del derecho. Lord St. Leonardi trató de convencer al Parlamento de la conveniencia de acortar este plazo para la prescripcion, pero no lo logró.

Prescripcion de las servidumbres.—Segun hemos explicado ántes, veinte años de posesion en la servidumbre de luz, y cuarenta en otras, crean un derecho absoluto, á ménos que no haya convenio que conste por escritura.

Prescripcion de las acciones.—Los Estatutos principales en que se limita el tiempo durante el cual pueden ejercitarse acciones é incoarse demandas en Inglaterra, son: uno de Guillermo IV (3 y 4, c. 27 y c. 42), y otro de Jacobo I (21, c. 16). Las *limitations* más importantes son las siguientes, segun Mr. Lindley:

«Cuarenta años; límite extremo para la recuperacion de tierras ó rentas por toda persona, á excepcion de una corporacion *sola.*

Veinte años; límite respecto de los mismos derechos en circunstancias ordinarias, y tambien para la liberacion de hipotecas, y para la adjudicacion de legados y de rentas (á título de arrendamiento) y cobro de dinero impuesto en tierras; y es tambien el período de prescripcion para las ac-

ciones y demandas que tienen su orígen en escritura privada.

Seis años; límite para la cobranza de atrasos de dotes, rentas, intereses de dinero impuesto sobre tierras, y para aquellas acciones personales respecto de las que no se ha establecido uno especial.

Cuatro años; límite de las acciones que nacen de la amenaza seguida de lesiones, y de la detencion ilegal.

Dos años; límite de las acciones por palabras difamatorias, de las multas y del pago de daños y perjuicios concedidos por *estatuto* á la parte agraviada.

El tiempo empieza á correr desde el momento en que el derecho á demandar se produce, debiendo la persona que lo tiene vivir dentro del reino, ser mayor de edad, estar en el completo uso de su razon, libre y no preso; y si es mujer, ser soltera.» (1)

Antes, la ausencia en Ultramar ó el encarcelamiento producian el efecto de estender el período de la prescripcion; pero por un Estatuto de la Reina Victoria (19 y 20, c. 97, s. 10), se dispuso que ninguna persona tendrá derecho á estender dicho plazo más allá del fijado por los Estatutos, alegando como motivo la ausencia en Ultramar ó su encarcelamiento en el momento de nacer la accion. La ausencia fuera del reino de alguno de los que eran á la vez demandados, era ántes motivo para que no corriera contra ellos el tiempo, como contra los residentes en Inglaterra. Pero esto lo ha modificado la seccion 11 del mismo Estatuto (2).

IV.—Derecho escocés.

Prescripcion legal.—En Escocia, la larga prescripcion afirmativa se introdujo por el Estatuto de 1617, c. 12, para proteger los derechos territoriales. En él se declara que la posesion durante cuarenta años con título y posesion, ó con esta sola, hecha constar en una ó várias y sucesivas escrituras, hará

(1) En 1874 se ha publicado un Estatuto (37 y 38, c. 57), por el que se modifica lo relativo á prescripcion. La accion reivindicatoria prescribe á los doce años, y en algunos casos á los seis; cuando se trata de menores, mujeres casadas, etc., á los treinta. (N. del T.)

(2) Addisson, p. 1001-1002.

firme el título contra toda reclamacion, aunque proceda *a non domino*. Por la larga prescripcion negativa, que se regula en el mismo Estatuto y en otros dos anteriores á éste, todas las acciones reales y personales nacidas de contratos ú obligaciones se estinguen, si no se ejercitan dentro de los cuarenta años, á contar desde el nacimiento de aquellas.

Estas prescripciones pueden interrumpirse legalmente y no valen en contra de los menores; ni corre tampoco la larga prescripcion negativa contra aquel que padece de una incapacidad legal para demandar: *contra non valentem agere non currit prescriptio* (1). La *bona fides* no es precisa en el que alega la prescripcion negativa ó positiva de cuarenta años. En la prescripcion negativa, la negligencia del acreedor durante tanto tiempo se considera como un perdon de la deuda; así que no se admite el ofrecimiento de probar, despues de los cuarenta años, la subsistencia de aquella mediante el juramento del deudor.

Prescripciones más breves.—Además de esta larga prescripcion hay otras más breves, aplicables á reclamaciones mercantiles, cuyo efecto general no es el extinguir las obligaciones ni áun el impedir el ejercicio de la accion, sino el limitar el modo de probar; así que las reclamaciones que podian probarse de palabra ó por medio de otra prueba legal ántes de trascurrir los años de prescripcion, sólo pueden probarse despues de este período mediante escritura ó juramento del deudor. La duracion de las obligaciones de garantía celebradas en cierta forma se limita á siete años por el Estatuto de 1695, c. 5; pero éste no alcanza á la fianza en negocios mercantiles. Las acciones que nacen de las letras de cambio y pagarés no pueden ejercitarse despues de trascurridos seis años desde la fecha de su vencimiento; pero las deudas que representan, si no se han pagado, pueden probarse por medio de documento ó juramento del deudor. Todos los convenios particulares respecto de muebles ó dinero cuya prueba puede verificarse por testigos, como ventas, locaciones y otros contratos, para cuya constitucion no es requisito esencial la escritura, prescriben á los cinco años de haberse verifi-

(1) Stair, 2, 12, 27. Ersk, 3, 7, 37.

cado, á ménos que el acreedor pueda probar la subsistencia de la deuda por documento ó juramento del deudor.

Las acciones para el cobro de alquileres de casas, gastos de pupilaje, salarios de criados, cuentas de comerciantes y otras deudas semejantes, prescriben á los tres años, á ménos que el acreedor no pueda probar la subsistencia de la deuda por escritura ó juramento del deudor.

En las cuentas corrientes, la prescripcion trienal corre, no desde la fecha en que se ordena cada cantidad separadamente, sino de la de la última. Los alquileres de casas y los salarios de criados prescriben de año en año, y así, el período de prescripcion del alquiler ó del salario de cada año corre desde la fecha del último pago.

V.—Derecho internacional.

Conflicto entre las Legislaciones con respecto á la prescripcion.—Bienes inmuebles.—Como las reglas de la prescripcion tienen un carácter arbitrario, y varian mucho segun los países, los escritores de Derecho internacional han discutido mucho la cuestion de si ha de regir la prescripcion del lugar en donde se hizo el contrato, ó la del lugar en donde se ha de incoar la demanda, cuando difieren una de otra. Se ha decidido que todas las cuestiones de prescripcion acerca de la tierra, ú otros bienes inmuebles, deben regirse por la ley del lugar en donde esté situada la cosa. Y como las acciones reales relativas á esta clase de propiedad necesitan por lo general ejercitarse en el lugar en donde está situada, la *lex rei sitæ* y la *lex fori* comunmente coinciden á la vez en esta clase de casos (1).

Obligaciones personales.—En cuanto á las acciones derivadas de obligaciones ó contratos, se ha determinado que las prescripciones que no afectan al derecho ú obligacion, y sí tan sólo al modo de hacer ésta efectiva, al limitar el tiempo dentro del que se puede pedir en juicio, ó á la clase de prueba procedente, se rijan por la *lex fori*. Así que con motivo de una obligacion, llamada *cash-credit bond*, que se habia con-

(1) Story, *Conflict of Laws*, § 581.—Ersk, 3, 7, 49.

traido en Escocia, en donde los demandantes ejercian el comercio y residia el demandado, se promovió pleito en Inglaterra seis años despues de su fecha, y el Tribunal del Banco del Rey sostuvo que era aplicable al caso la *limitation* ó prescripcion inglesa de seis años propia de los contratos simples, y que la obligacion no podia conservar su eficacia durante los cuarenta años, que era el término de la prescripcion que le era aplicable segun el Derecho escocés. Así, cuando algunas letras aceptadas en Francia han sido objeto de reclamacion judicial en Escocia despues del trascurso de seis años, la Cámara de los Lores ha sostenido que era aplicable á ellas la prescripcion de seis años de Escocia, á pesar de haberse incoado en Francia (que era el lugar de la aceptacion y que se pretendia ser el *locus solutionis*) reclamaciones que bastaban para interrumpir la prescripcion francesa.

Pero es necesario distinguir cuidadosamente entre la prescripcion extranjera que destruye el derecho y la que solamente afecta á la accion. Porque si la *lex loci contractus* invalida por completo una obligacion despues de trascurrido cierto tiempo, y si los interesados han residido dentro de la jurisdicion del país durante la totalidad de aquel período, el derecho no puede renacer porque cambie de domicilio el demandado yendo á otro país en el que no se conoce una prescripcion semejante (1).

VI.—Derecho español.

Prescripcion de dominio.—Para que tenga lugar son necesarios, por regla general, los siguientes requisitos: justo título, buena fé, posesion continuada, el tiempo fijado por la ley y prescriptibilidad de la cosa. Las muebles se prescriben á los tres años, y las inmuebles á los diez entre presentes y veinte entre ausentes. Hay prescripciones extraordinarias que exigen la posesion no interrumpida por treinta, cuarenta y cien años.

Prescripcion de accion.—La ejecutiva prescribe á los diez años; la personal á los veinte; las reales y las llamadas mis-

(1) Story, *Conflict of Law*, § 582.—Dickson, *Law of Evidence*, t. I, p. 298.

tas á los treinta. Las hay tambien extraordinarias, que piden ménos tiempo, como las que tienen los profesores, artistas, criados, etc.

Legislacion foral.—En Cataluña, con contadas excepciones, tiene lugar la prescripcion, así de dominio como de accion, á los treinta años, cualquiera que sea la naturaleza de las cosas y ya se posean de buena ó de mala fé. La de Aragon, por el contrario, admite una larga série de prescripciones, desde la de dias hasta la inmemorial.

PARTE TERCERA

DERECHO DE OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL.

SUMARIO.=I. DERECHO ROMANO.—Naturaleza de las obligaciones.—Obligacion natural y civil.—Definicion de la convencion.—Contratos.—*Nudum pactum*.—Requisitos de las obligaciones.—Obligaciones puras y condicionales.—Objeto de las obligaciones.—Teoría de la culpa.—Orígen de las obligaciones.—Diferentes clases de contratos.=II. DERECHO INGLÉS.—Derecho moderno respecto de los contratos.—Peculiaridades de la Legislacion inglesa.—Consideracion especial de los contratos simples.—Definicion entre el haber *legal* y el de *equidad*.=III. DERECHO INTERNACIONAL.—*Lex loci contractus*.—Documentos negociables.

I.—DERECHO ROMANO.

Naturaleza de las obligaciones.—Una obligacion jurídica es el compromiso de verificar un pago ó de hacer ó no hacer alguna cosa, por el que se confiere á la persona, en cuyo favor se contrae, el derecho de exigir su cumplimiento (1).

Obligacion natural y civil.—Las obligaciones se dividen á veces en naturales y civiles. Una obligacion natural tiene lugar cuando una persona está obligada á otra por derecho natural, aunque no se le puede compeler á su cumplimiento mediante una accion civil; pero semejante compromiso puede

(1) I. 3, 14, pr.—*Código Napoleon*, art. 1101.

surtir efectos como excepcion, pues el deudor que ha cumplido la obligacion no puede exigir la restitucion alegando que la deuda no se debia ó que se habia pagado por error (1). En esta clase de casos, puede intervenir con eficacia legal una obligacion de fianza (2). Las obligaciones civiles son aquellas que se consideran perfectas y pueden hacerse efectivas por una accion. Intervienen siempre en ellas por lo ménos dos personas: el acreedor y el deudor; y la obligacion confiere al acreedor tan sólo un derecho puramente personal contra el deudor.

Definicion de la convencion.—Se entiende por convencion el acuerdo entre dos ó más personas respecto de un asunto en que tienen interés. «*Est autem pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*» (3). Si contrae la obligacion sólo una parte, la convencion es unilateral; y bilateral, si contraen obligaciones recíprocas ámbas partes.

Contratos.—*Nudum pactum.*—Entre los Romanos, el término *contractus* se reservaba para aquellas convenciones que se reconocian especialmente como obligatorias y que producian accion por el antiguo Derecho civil. Todas las demás convenciones se llamaban *pacta*; y esto, áun despues de haberse hecho algunos de ellos obligatorios, dando nacimiento á una obligacion, ya por autoridad del pretor, ya por el derecho posterior de los Emperadores, como, por ejemplo, los *pacta legitima*, *pacta prætoria* y *pacta adjecta* (4). El *nudum pactum*, ó simple promesa, se llamaba así, porque no producia una accion, aunque podia dar lugar á una excepcion (5).

Requisitos de las obligaciones.—Cualquiera puede otorgar una obligacion ó contrato por sí, si no está declarado incapaz por la ley; pero nadie puede contratar por otro sin poder suficiente para ello.

Todo contrato debe tener un fin legal y no estar prohibido por la ley ni ser contrario al bien público ó á las buenas costumbres. Nadie puede obligarse á hacer lo que es imposible

---

(1) D. 12, 6, 19.
(2) D. 20, 1, 5.
(3) D. 2, 14, 2.
(4) Ortolan, *Institutes*, t. III, p. 136.
(5) «Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.» Ulpian. D. 2. 14, 7, 4.

por naturaleza. Una condicion imposible, no sólo es nula en sí, sino que hace nula la convencion que de ella depende: *impossibilium nulla obligatio est* (1). Bracton sostiene, que si un sugeto se comprometiera en Oxford á pagar una suma en Lóndres el mismo dia, podia eximirse de cumplir este contrato, pues se obliga á una cosa que es imposible físicamente; pero hoy, dada la rapidez de trasmision de los ferro-carriles y telégrafos eléctricos, este ejemplo no puede admitirse, aunque la doctrina en general sea exacta.

Como el consentimiento de las partes contratantes es indispensable, ningun contrato será válido si ha habido error esencial: *non videntur qui errant consentire*. Tampoco es válido un contrato cuando se prueba que ha intervenido fraude ó violencia. Cuando se alega el fraude como motivo de nulidad, debe ser de tal naturaleza que haya inducido á la parte á celebrar el contrato: *fraus dans causam contractui*. Labeon dice que el *dolus malus* es: «*omnis calliditas*, *fallacia*, *machinatio ad circunveniendum*, *fallemdum*, *decipiendum alterum adhibita*;» y Ulpiano aprueba esta definicion (2). Para anular un contrato por haber habido violencia, ha de ser ésta suficiente para intimidar á un espíritu dotado de una razonable fortaleza, debiendo tenerse en cuenta la edad, el sexo y la condicion de la persona. Cuando el fraude va acompañado de coaccion, un grado menor de violencia basta para demostrar que no hubo verdadero consentimiento en la celebracion del contrato.

En los contratos bilaterales las obligaciones son recíprocas, y el que por su parte no las cumple, no puede exigir que lo verifique el otro. Hay algunos, sin embargo, que pueden declararse nulos respecto de una de las partes, aunque sean obligatorios irrevocablemente para la otra; así, por ejemplo, cuando un mayor de edad celebra un contrato con un menor, puede anularse si resulta éste perjudicado; pero subsiste contra el mayor de edad si el menor no pide la restitucion.

Obligaciones puras y condicionales.—Cuando se contrae una obligacion sin fijar plazo, debe cumplirse inmediatamen-

---

(1) D. 50, 17, 185.—*Código Napoleon*, art. 1172.
(2) D. 4, 3, 2.

te. Si se fija un dia para su cumplimiento, la deuda nace verdaderamente desde la fecha de la obligacion; pero su ejecucion se suspende hasta que llega el plazo convenido, y en este caso la deuda existe, pero no es exigible, ó, como dicen los romanistas: *dies cedit sed non venit*. Cuando se contrae una obligacion bajo condiciones cuya existencia futura es incierta, no hay verdadera deuda, y sí tan sólo una esperanza de que nazca, hasta tanto que se haya cumplido la condicion: *dies nec cedit nec venit, nisi existerit conditio*. Cuando hay una obligacion alternativa de hacer una de dos cosas, el deudor tiene el derecho de eleccion, á ménos que no se haya estipulado lo contrario; de suerte que, cumpliendo cualquiera de las dos obligaciones, concluirá su responsabilidad.

Contenido de las obligaciones.—Al tratar de los requisitos generales de los contratos, Pothier y otros jurisconsultos distinguen entre la esencia, la naturaleza y los accidentes de aquellos. La esencia del contrato consiste en aquellas cosas sin las cuales no puede existir. Por ejemplo, no puede haber venta sin una cosa que se venda y sin un precio, y, por consiguiente, estas cosas son esenciales al contrato de venta. La naturaleza del contrato la constituyen los requisitos incluidos en él por ministerio de la ley, aunque no se expresen. Así, cuando se vende una cosa, todos los riesgos que corre la cosa son de cuenta del comprador despues de haberse perfeccionado la venta, ántes ya de la entrega; de suerte, que si pereciera sin culpa del vendedor, la pierde el comprador, lo cual se deriva de la naturaleza del contrato de compra-venta. Son requisitos accidentales de un contrato aquellos que no forman parte de él, á ménos que no se expresen. Por ejemplo, si el vendedor consiente en tener en su poder la cosa vendida en buen estado durante cierto tiempo, ó en aceptar el pago del precio en varios plazos, estas condiciones deben consignarse expresamente, pues no se derivan de la naturaleza misma del contrato (1).

Teoría de la culpa.—Al examinar la doctrina de la responsabilidad en que se incurre por culpa ó negligencia respecto de los diferentes contratos, ha surgido entre algunos Romanistas una controversia de que debemos dar cuenta aquí. Hasta

(1) Pothier, *Traité des obligations*, part. I, cap. I, art. 1, § 3.

hace poco, la teoría generalmente aceptada y adoptada, entre otros, por sir William Jones en su *Ensayo sobre el depósito*, era que el Derecho Romano distinguia tres grados de culpa: *culpa lata*, *levis*, *levissima*, y la responsabilidad se determinaba segun las reglas siguientes. En los contratos beneficiosos sólo para el dueño, como el mandato ó el depósito, como se exigia únicamente la buena fé al que tenia la cosa á su cuidado ó custodia, respondia éste sólo de la *culpa lata* ó negligencia grave. Cuando era beneficioso para ámbas partes, como en la compra-venta, arrendamiento ó contrato de sociedad, los dos respondian de la *culpa levis*, es decir, de la falta de diligencia propia de un buen padre de familia, siendo, por tanto, responsables en los casos de negligencia usual. Y, finalmente, cuando todas las ventajas correspondian á una de las partes, como en el comodato, la más leve culpa, *culpa levissima*, le obligaba al pago de una indemnizacion. Por plausible que parezca esta teoría, los más eminentes jurisconsultos del Continente la rechazan hoy dia, pues sostienen que no tiene en su apoyo ningun texto original del Derecho Romano, y que es una pura invencion de los comentaristas y contraria á la equidad. Ya en el siglo XVI, Donneau habia dicho que el Derecho Romano admitia sólo dos grados de culpa; pero su doctrina, que en otros puntos era defectuosa, encontró pocos partidarios (1). Lebrun, abogado del Parlamento de París, sostuvo la misma doctrina; pero su obra, publicada en 1764, además de ser superficial, abunda en errores graves, y mereció la desaprobacion de Pothier. A M. Hasse, que publicó una disertacion sobre este asunto en 1815, se atribuye el mérito de haber expuesto la verdadera teoría romana, y de haber destruido la de los tres grados de culpa (2). Maynz expone brevemente y en sustancia su doctrina en los *Elementos de Derecho Romano*. Dice que el término *culpa levissima* se encuentra sólo una vez en el *Corpus Juris* en un fragmento de Ulpiano, y que en este párrafo carece de sentido técnico, y, sobre todo, que no se opone á la *culpa lata* ó á la *culpa levis* (3). Así como por *culpa levis* se entiende la falta

(1) Donneau, *Com. Juris Civilis*, lib. 16, cap. 6, 7.
(2) «Die Culpa des Roemischen Rechts.» Kiel, 1815.
(3) D. 9, 2, 44, pr.—«In lege Aquilia et levissima culpa venit.»

del cuidado propio de un buen padre de familia, es decir, de un hombre esencialmente aplicado y cuidadoso, la *culpa levissima* indicaria la falta de un mayor cuidado; mas el Derecho Romano en ninguna parte exige un grado mayor de diligencia que la de un hombre esencialmente cuidadoso y aplicado, y en los textos originales nunca se hace mencion sino de la *culpa levis*, cuando se quiere indicar un grado intermedio entre un caso fortuito y la *culpa lata*; así que no queda lugar para la *culpa levissima*. Dice, finalmente, que la teoría de los tres grados de culpa es en sí misma injusta y contraria á los principios fundamentales del Derecho Romano, que distingue sólo dos casos: aquel en que no se obtiene beneficio de un contrato, y aquel en que se obtiene beneficio; que en el primero sólo somos responsables por una grande negligencia, miéntras que en el segundo somos responsables por no tener el cuidado propio de un buen padre de familia (1).

En general, la *culpa*, de que somos responsables por las pérdidas ocurridas, consiste ó en un acto positivo ó en la simple inaccion. En primer lugar, uno responde de las consecuencias de su propio dolo, áun en los casos de omision: *dolus semper præstatur*. Despues de esto, el Derecho Romano distingue dos grados de culpa: *culpa lata* y *culpa levis*. Por la primera, todos son responsables en toda clase de obligaciones, *culpa lata æquiparatur dolo;* de suerte que se coloca en la misma categoría que el dolo. Pero en cuanto á la segunda, sólo se responde de la *culpa levis* algunas veces, y en virtud de ciertas obligaciones, y principal, aunque no exclusivamente, en aquellas de que el mismo responsable obtenia beneficio. En la *culpa lata* se comprende, no sólo el daño hecho á propósito y con intencion, sino tambien el daño producido por la simple imprudencia ó la simple negligencia, si esta es grande. Cuando alguno está obligado á *præstare levem* ú *omnem culpam*, es responsable de los pequeños errores ó equivocaciones en que haya incurrido, y no está exento de toda responsabilidad á ménos que se haya conducido enteramente como un buen padre de familia, es decir, de la misma manera que un hombre prudente, cuidadoso y aplicado

(1) Maynz, t. II, p. 15, § 260.

suele conducirse en casos iguales. Pero, al graduar la responsabilidad de una persona dada, se debe á veces tener en cuenta, no tanto un tipo general, como los hábitos del indivíduo, y no se exige de él en absoluto el mayor grado de cuidado y atencion, sino tan sólo *talem diligentiam, qualem in suis rebus adhibere solet* (1).

Segun la opinion de aquellos escritores que sostienen que el Derecho Romano no reconocia más que dos grados de culpa, *culpa lata* y *culpa levis*, «no hay *culpa levissima* en oposicion á *culpa levis*, sino que ésta, tal como la entendian los Romanos, incluia más bien á aquella tal como la entienden los modernos (2).»

Como el asunto es importante, no carecerá de utilidad que demos á conocer á nuestros lectores las reglas generales relativas á la responsabilidad expuestas por Maynz. 1.ª Si el deudor no puede sacar provecho de la obligacion, sólo responde de la culpa lata; de esta regla es una excepcion el caso del mandatario ó *negotiorum gestor*, que es responsable por la *culpa levis;* 2.ª Cuando el deudor obtiene ventajas de la obligacion, responde de la *culpa levis*, á excepcion de cuando se obtiene el uso de una cosa mediante un título precario, pues entónces sólo se responde de la *culpa lata*; 3.ª Cuando es beneficiosa á las dos partes la obligacion, como en los contratos de venta, prenda ó sociedad, ámbas son responsables por las consecuencias de la *culpa levis*, regla que, al parecer, no tiene excepcion. Mediante un convenio especial, estas reglas generales pueden modificarse para aumentar ó disminuir la responsabilidad de las partes, segun las circunstancias (3).

Orígen de las obligaciones.—Bajo el punto de vista de su orígen, los Romanos dividian las obligaciones segun que nacen de contratos, cuasi contratos, delitos y cuasi delitos. Esta division es imperfecta, porque hay muchas obligaciones que no se derivan de ninguno de estos orígenes, y que se fundan en una ley particular, ó sólo en la equidad. Pero, aunque incompleta, conviene seguir esta clasificacion hasta donde sea

(1) Marezoll, § 120.
(2) Lindley, *Introduction to Study of Jurisprudence*, p. 131.—Véase tambien el apéndice, p. 84.
(3) Maynz, § 259.

posible en la exposicion sucinta que vamos á hacer del Derecho Romano en lo tocante á obligaciones.

Diferentes clases de contratos.—El Derecho Romano dividia los contratos segun que se perfeccionaban por la entrega de una cosa, por palabras solemnes, por escritura, ó sólo por el consentimiento: *re*, *verbis*, *literis*, *consensu*. Estudiaremos estas cuatro clases de contratos, siguiendo el mismo órden en que se ocupan de ellos las Instituciones de Justiniano (1).

II.—DERECHO INGLÉS.

Derecho moderno respecto de los contratos.—En materia de contratos, el Derecho francés y el de Escocia se fundan en sustancia en la Legislacion Romana. Pero hay algunas peculiaridades en el Derecho inglés que vamos á exponer brevemente.

Peculiaridades de la Legislacion inglesa.—Segun el Derecho inglés, los contratos se dividen en tres clases: 1.ª contratos registrados (*of record*), como fallos (*judments*), *cognovits* y *recognisances* (2); 2.ª contratos *by specialty* ó con sello; 3.ª simples contratos ó sin sello, los cuales pueden ser escritos ó verbales (3).

Un fallo obtenido en uno de los Tribunales superiores de *derecho comun* grava la finca del deudor, si se ha registrado para conocimiento de los compradores en las oficinas del Tribunal de *Common Pleas* (4). Una *specialty* se distingue de

---

(1) El autor omite hablar del Derecho francés por estar calcado en este punto en el Romano. Por el mismo motivo dejamos de hacer indicaciones respecto de la Legislacion española. Nos limitaremos á hacer constar que la famosa ley del Ordenamiento de Alcalá, que dispuso que de cualquiera manera que parezca que el hombre quiso obligarse quede obligado, no ha convertido todos los contratos en *consensuales*, como por algunos se ha creido, pues, por lo ménos, subsisten al lado de aquellos los *reales*. (N. del T.)

(2) Obligaciones contraidas ante un magistrado. (N. del T.)

(3) Brown, *Com. on common law*, p. 267.

(4) Uno de los tres tribunales superiores de *Derecho comun*. Hoy es una Sala del Tribunal Supremo con arreglo á la Ley de 5 de Agosto de 1873.—1 y 2, Vict., c. 110 (*). (N. del T.)

(*) Estos fallos no gravan en la actualidad la finca del deudor hasta que se haya embargado ésta en virtud de un mandamiento de *elegit* (especie de adjudicacion de los bienes del deudor al acreedor) ó de otra órden de autoridad competente.

un simple contrato escrito en que se sella y se entrega. Son contratos simples el escrito sin sello, el verbal y el inferido ó derivado de los actos de las partes.

Consideracion especial de los contratos simples.—Los fallos y los contratos con sello llevan consigo la existencia de la causa de deber. Pero en los contratos simples es un requisito esencial para su validez el que se funden en un motivo ó causa; porque, ya sea el convenio verbal ó escrito, será un *nudum pactum* y no producirá accion, si no se expresa dicha causa. «La regla de que es necesaria la causa de deber para la validez de un contrato se aplica á todos los convenios *con sello*, á excepcion de las letras de cambio y documentos negociables, despues que se han negociado y han pasado á manos de un inocente que los ha adquirido por endoso. Los interesados en primer término en una letra ó pagaré, pueden ser perjudicados por la falta de causa de deber, como las partes en cualquiera otro contrato; y solamente respecto de una tercera persona, que ha adquirido el documento en el mercado sin tener conocimiento de su defecto original, no puede alegarse la falta de la causa de deber (1).

Por un Estatuto de la Reina Victoria (19 y 20, c. 97, 1, 3), se ha declarado que ninguna promesa por escrito hecha para responder de la deuda, falta ó culpa de otra persona, será nula, aunque no aparezca la causa en el documento, ni se infiera necesariamente de una escritura.

Distincion entre el haber legal y el de equidad.—Se ha dicho que los contratos *registrados* deben considerarse como de condicion más elevada que todos los demás, y en especial superiores en eficacia á los simples contratos (2). Para la gestion de una herencia ó haber *legal* en Inglaterra, los acreedores por *judments* ó fallos ocupan el primer lugar, los acreedores por *specialty* vienen á seguida, y, por último, los que lo son por simples contratos. Pero si se trata de la gestion de una herencia ó haber *equitable* ó de la distribucion de los bienes de una quiebra, los acredores no tienen prioridad ó preferencia alguna porque deriven sus acciones de *judments* ó spe-

---

(1) Ken.—*Com. on American Law*, 1.ª ed., vol. II, p. 630.

(2) *Com. de Brovon*, p. 268.

cialties, sino que son colocados en la misma categoría que los *contratos simples*. En Escocia no hay diferencia entre el haber *legal* y el *equitable*, y los acreedores tienen derecho á que se los coloque *pari passu* para cobrar de los bienes de sus deudores, ya procedan sus acciones de actos solemnes, ya de simples contratos (1).

III.—Derecho internacional.

Lex loci contractus.—Generalmente hablando, la interpretacion de los contratos y su validez en cuanto á las formas y solemnidades, se rigen por la ley del país en donde se han hecho, á ménos de que se pruebe el deseo contrario de parte de los interesados: *locus contractus regit actum* (2). Pero si se celebra en un país un contrato que ha de cumplirse en otro, se presume que las partes han aceptado la ley del lugar de la ejecucion, la cual en este caso rige la obligacion é interpretacion del contrato: *contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret se obligavit* (3). Si no se menciona el lugar en que deba verificarse su cumplimiento, ó el contrato puede ejecutarse indiferentemente en cualquiera parte, se supone que la *lex loci contractus* ha sido la aceptada por los interesados (4).

Documentos negociables.—Son muy importantes las consecuencias que nacen de la aplicacion de la *lex loci contractus* á las letras de cambio y otros efectos negociables usados en las transacciones mercantiles. «Puede establecerse como regla general,» dice el Canciller Kent, «que los efectos negociables de toda clase se interpretan y se rigen, en cuanto á la obligacion del librador, por la ley del país en que se libra; en cuanto al aceptante, por la del país en donde se acepta; y en cuanto á los endosantes, por la del país en que se ha verificado el endoso (5).»

---

(1) Para la mejor inteligencia de la distincion entre el haber *legal* y el *equitable*, véase el *Law of Executors* por William, 5.ª ed., vol. II, p. 1519.—(La distincion procede de que el testamentario ó administrador toma posesion de los bienes por ministerio de la *ley* ó de la *equidad*.) (N. del T.)
(2) Story, *Conflict of Laws*, § 242.
(3) D. 44, 7, 21.—Story, *Conflict of Laws*, § 280.
(4) Idem, § 282.
(5) Kent, *Practical Treatise on Commertial and Maritime Law*, p. 378.

Para aclarar esta regla se pueden citar dos casos resueltos por los Tribunales. En Inglaterra la aceptacion de una letra de cambio obliga al aceptante al pago en todo caso. No sucede lo mismo segun el Derecho de Liorna, puesto que si el aceptante no tiene en su poder fondos bastantes del librador al tiempo de la aceptacion, y el librador da quiebra, la aceptacion es nula. En tales circunstancias una aceptacion hecha en Liorna no imponia obligacion alguna al aceptante.

Asimismo, un endoso en blanco de un pagaré es válido segun el Derecho inglés, pero no lo es en Francia, en donde se exigen ciertos requisitos, y, por consiguiente, un endoso de este género hecho allí no da derecho al tenedor para cobrar del librador en un Tribunal inglés. A algunos parecerá quizá esta doctrina en contradiccion con la regla de que la ley del lugar del pago debe regir; pero no es así, porque el librador y el endosante de una letra de cambio sólo se comprometen en el caso de que la persona á cuyo cargo está girada la letra no reembolse al tenedor, prévio el oportuno aviso al punto en donde se celebró el contrato.

Es una regla general, que todo lo que constituye una *excepcion* valedera segun la ley del lugar en donde se celebró el contrato ó en donde ha de ejecutarse, lo es igualmente en cualquier país en que la cuestion pueda ventilarse. Esta regla se funda en el principio de que la misma ley que crea la obligacion debe tenerse presente cuando se trata de la liberacion.

CAPÍTULO II.

DE LOS CONTRATOS REALES.

SUMARIO.=*Seccion primera: Contrato de préstamo.*—Comodato.—Obligaciones del comodatario.—*Mutuum.*—Obligacion de pagar intereses.—Tasa del interés en Inglaterra.=*Seccion segunda: Depósito.*—Naturaleza y efectos del depósito.—Depósito necesario.—Secuestro.—Edicto: *nautæ, caupones.*—Responsabilidad segun este edicto.=*Seccion tercera: Prenda.*—Naturaleza de la prenda.—*Pactum antichresis.*—Abolicion de la *lex commissoria.*—La prenda responde de la deuda, de los intereses y de los gastos.—Facultad de vender.—Terminacion de la prenda.—Hipotecas tácitas.=*Seccion cuarta: Contratos innominados.*—Sus diferentes clases.—Permuta.

Lo que los Romanos definian como obligaciones contraidas *re*, ó mediante la entrega de una cosa (1), los modernos llaman contratos reales, porque no son perfectos hasta tanto que una parte ha entregado algo á la otra. De esta clase son los contratos de préstamo, depósito y prenda. Miéntras la cosa no ha sido de hecho prestada, depositada ó empeñada, no existe el contrato especial de préstamo, depósito ó prenda.

Seccion I.—Contrato de préstamo.

Hay dos clases de préstamos: el de cosas que pueden usarse sin destruirlas, y el de cosas que se consumen por el uso que de ellas se hace. Los Romanos llamaban á la primera clase *commodatum*, ó préstamo de uso, y á la segunda *mutuum*, ó préstamo de consumo.

Comodato.—El comodato es un contrato por el cual el dueño de una cosa la entrega á otro para cierto uso sin retribucion alguna, con la condicion de que ha de devolverse des-

(1) O la prestacion de un hecho, como sucede en alguno de los contratos innominados, de que habla el autor al final de este capítulo. (N. del T.)

pues que haya servido á dicho fin. Es esencial que el préstamo sea gratuito, porque, si se pagara algo por el uso, seria una locacion-conducion. El comodante continúa siendo propietario de la cosa entregada, y el comodatario queda obligado á devolver la misma cosa que ha recibido, ya sea un caballo, un carruaje ó un libro, y no otra de la misma clase (1). Si la cosa pereciese ó se perdiere por casualidad, sin que hubiera culpa ó negligencia imputable al comodatario, la perdia el dueño. Los Romanos daban en comodato, no sólo las cosas muebles, sino tambien las inmuebles, como, por ejemplo, una casa para habitacion (2).

Obligaciones del comodatario.—El que recibe una cosa en comodato para su propio uso, contrae la obligacion de cuidar de ella, no al modo que lo hace con las cosas propias, sino como lo haria una persona cuidadosa y diligentísima: *in rebus commodatis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet* (3).

El comodatario no puede usar la cosa sino para el fin con que se le prestó; no puede permitir que otro la use, ni retenerla en su poder por más tiempo del convenido, ni cobrarse con ella de suma alguna que le pueda ser en deber el comodante. Puede darse en comodato una cosa para un tiempo limitado ó para un objeto especial. Cuando una cosa se presta á condicion de devolverla cuando el dueño quiera pedirla, el comodato se llama *precarium*. El comodatario debe devolver la cosa en el mismo estado en que la recibió, y sin otros desperfectos que los que puedan resultar de haber hecho un uso razonable de la misma. Está obligado á reparar los daños que ha experimentado la cosa en su poder, si aquellos han tenido lugar por su culpa, ó son de tal naturaleza que una persona cuidadosa habria podido prevenirlos. Así, si uno tomaba en comodato un caballo, y lo estropeaba haciéndolo andar demasiado, ó de otra manera, de suerte que le inutilizaba ó causaba su muerte, debia responder de su valor al dueño. En algunos casos el comodatario responde de las pérdidas producidas por accidentes fortuitos, como cuando ha

(1) I. 3, 15, 2.
(2) I. 3, 15, 2.
(3) D. 13, 6, 1, pr.—I. 13, 15, 2.

retenido indebidamente la cosa por más tiempo del convenido, pues entónces se presume que la pérdida ha tenido lugar por haber dejado de cumplir esta obligacion. El Derecho francés va en esto tan allá, que si la cosa pereciese por accidente que el comodatario hubiera podido prevenir usando una cosa igual de su propiedad, ó si, en el caso de no poder salvar más que una de dos cosas, como, por ejemplo, en un incendio, salvara la suya, es responsable al dueño por la pérdida de la otra (1).

Mutuum.—El mútuo es un préstamo gratuito de cosas destinadas á consumirse, que comunmente se estiman por número, peso ó medida, como el dinero, el trigo, el vino, etc., á condicion de que se han de devolver, no las mismas cosas, sino la misma cantidad de igual clase y calidad (2). Por la naturaleza de este contrato, la propiedad de la cosa prestada pasa al que la recibe; y si perece, cualquiera que sea la causa, perece para él. El mutuante es un mero acreedor al valor, distincion que tiene importancia en las quiebras.

En el mútuo de trigo, vino, etc., el mutuatario debe devolver tanto de la misma clase y calidad como recibió, sin atender á si el precio de la cosa ha subido ó bajado en el mercado. Si no cumple esta obligacion, responde al mutuante del valor de la cosa, para cuya estimacion se ha de tener en cuenta el tiempo y lugar en que debia haberse entregado.

La accion mediante la cual el mutuante pedia contra el mutuatario, se llamaba *condictio certi*. Segun el *Senatusconsultum* Macedoniano, el que prestaba dinero á un hijo que estaba bajo la potestad de su padre, sin el consentimiento de éste, no tenia accion para su reintegro.

En un préstamo de dinero, en concepto de *mutuum*, el que lo recibia no tenia que pagar intereses por la suma que se le entregaba. Si habia el propósito de que se pagaran intereses, era indispensable que el deudor contrajera una obligacion especial con este fin, y entónces se devengaba interés, no en concepto de *mutuum*, sino en virtud de un contrato expreso, como la estipulacion ó de otro modo.

---

(1) *Código Civil*, art. 1882.
(2) I. 3, 15.

Obligacion de pagar intereses.—Segun el Derecho Romano, el interés se debia *ex lege* ó por contrato. En los contratos *bonæ fidei*, se debia interés *ex mora*, cuando habia una demora indebida en el pago del capital (1). Pues segun Ulpiano, paga ménos quien paga tarde: *minus solvit qui tardius solvit* (2). La suma á que ascendia el capital se llamaba *sors* ó *caput*, y los intereses *fœnus* ó *usuræ*.

Entre los Romanos, la tasa legal del interés del dinero variaba mucho segun sus diferentes épocas. Las Doce Tablas prohibieron el que se cobrara más del *unciarum fœnus* (3). Esta frase ha dado lugar á controversias. La libra romana (*as*) se usaba mucho en los cálculos para denotar una unidad ó suma total, y se dividia en doce partes ú onzas; y se supone hoy generalmente, que el *unciarum fœnus* era una duodécima parte del capital, es decir, el 8 ⅓ por ciento al año. Niebuhr, sin embargo, es de parecer que esta tasa se estableció para el año de diez meses; y si esta opinion fuera fundada, entónces el 8 ⅓ por ciento por un año de diez meses equivaldria al 10 por ciento para un año de doce (4). Hácia fines de la República, el mayor interés permitido era el 1 por ciento al mes, ó sea el 12 por ciento al año (5). Despues de muchas modificaciones, Justiniano al fin arregló la tasa de intereses, estableciendo una escala, que variaba segun la condicion de los acreedores. Las personas de categoría ilustre podian prestar dinero al 4 por ciento; las personas ordinarias, al 6 por ciento; los comerciantes, al 8 por ciento; y los de los préstamos á riesgo marítimo, que ántes no tenian tasa, no debian pasar del 12 por ciento (6).

Era ilícito cobrar intereses de intereses, á lo cual se llamaba *anatocismus* (7).

Finalmente, si se dejaba que los intereses de una deuda se acumularan hasta tal punto que llegaban á superar al capital, no se permitia cargar en cuenta la diferencia (8).

---

(1) «In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur.»—Marciano, D. 22, 1, 32, 2.
(2) D. 50, 17, 12, 1.
(3) Tac., Ann. VI, 16.
(4) Niebuhr, *Rom. Geschichte*, vol. II, p. 431 á 439.
(5) Maynz, § 266.
(6) C. 4, 32, 26, § 1.
(7) C. 4, 32, 28.
(8) C. 4, 32, 27, § 1.—Marezoll, § 121.

Tasa del interés en Inglaterra.—En Inglaterra los intereses han sido generalmente tasados por la ley, y han variado segun las épocas. Un Estatuto del año trece del reinado de la Reina Isabel limitó el interés al 10 por ciento anual; un Estatuto de Jacobo I, al 8 por ciento anual; otro de Cárlos II, en 1660, al 6 por ciento, y otro de la Reina Ana, de 1713, al 5 por ciento. Bentham mostró la inutilidad de estas restricciones en su *Defensa de la usura*, publicada en el año 1787; pero tan arraigada estaba la preocupacion contra la codicia de los usureros, que pasó más de medio siglo ántes de que se abandonara el sistema de la tasa. Al fin, despues de alguna ligera reforma hecha por vía de ensayo respecto de las letras de cambio, las leyes contra la usura se abolieron por un Estatuto de la Reina Victoria (17, 18, c. 90), promulgado en 1854. Cuando hay que pagar intereses por alguna deuda ó capital, mediante una disposicion de la ley, ó á consecuencia de un contrato expreso ó tácito, declara que se cobrará el mismo interés que se devengaria si este Estatuto no se hubiera dictado.

Segun el Derecho inglés, «el interés es y ha sido siempre exigible cuando se ha contraido una obligacion al efecto, ya sea expresa, ya se derive de las circunstancias, de los usos del comercio ó de las costumbres del tráfico, y tambien en los vales, letras de cambio ó pagarés. En cási todos los demás casos, habia variedad de pareceres sobre la cuestion de intereses, y los tribunales, al parecer, tendian en general á no admitirlos. Sin embargo, por un Estatuto de Guillermo IV (3 y 4, c. 42), se dispuso que el Jurado, en las cuestiones de daños y perjuicios sobre toda clase de deudas ó cantidades líquidas, pagaderas á un plazo determinado ó de otra manera, podia, si lo estimaba justo, conceder al acreedor derecho á intereses, que no han de exceder del tipo del mercado, á contar desde la época en que debia satisfacerse la deuda ó la cantidad líquida, si éstas eran exigibles en cierto tiempo en virtud de un documento escrito; y si debian pagarse en otra forma, á contar desde el dia en que se exigió su pago por escrito, debiendo por lo mismo hacerse saber al deudor en la reclamacion, que habia de satisfacer intereses desde aquel dia hasta el en que pagara la deuda; en la inteligencia de que procederá el pago

de intereses en todos aquellos casos en que son exigibles con arreglo á la ley.»

En Escocia se deben intereses *ex mora* así como *ex pacto*. Así, en muchos casos, el consentimiento tácito de pagar intereses nace de la indebida dilacion en el pago del capital; pero respecto de todas las reclamaciones ó cuentas en que no se deben intereses, ni en virtud de la ley, ni por contrato, no pueden reclamarse miéntras no se han formulado aquellas y requerido el pago (1).

Seccion II.—Depósito.

Naturaleza y efectos del depósito.—El depósito es un contrato por el cual el dueño entrega una cosa á otra persona para que la custodie gratuitamente y la devuelva cuando se le pida. La propiedad y el peligro son del deponente, y si la cosa pereciera por accidente, él la pierde. El depositario está obligado á mirar por la cosa con un cuidado razonable, ejerciendo la misma vigilancia que respecto de sus propios asuntos. No está facultado para hacer uso alguno de la cosa depositada, á ménos que expresa ó tácitamente se le autorice al efecto. Por regla general, sólo es responsable de las consecuencias de una negligencia grave, porque no saca beneficio del contrato (2). Pero será responsable, caso de negligencia comun, si se compromete especialmente á la segura custodia, ó se ofrece oficiosamente á guardar la cosa sin que se le haya pedido, ó si recibe recompensa por el depósito. En este último caso, el contrato deja de ser un depósito gratuito y se convierte en una *locatio operarum*. El depositario está obligado á devolver la cosa con todos sus frutos y aumentos. En cambio, tiene derecho á que se le paguen todas las expensas necesarias. A causa de la grande confianza que arguye el depósito, la cosa depositada no puede retenerse en pago ó en equivalencia de una deuda ó reclamacion que tenga el depositario contra el dueño.

Depósito necesario.—Los que son víctimas de un incendio,

---

(1) En España, la ley de 14 de Marzo de 1856 abolió toda tasa sobre interés del capital en numerario dado en préstamo. (N. del T.)
(2) D. 13, 6, 5, 2. Ulpian.

de un naufragio, ú otra calamidad, pueden verse precisados por las circunstancias á dejar sus efectos en manos de personas enteramente desconocidas, y los Romanos llamaban á éste *depositum miserabile*. En tales casos, se podia ejercitar contra el depositario que era infiel á su cometido una accion pretoria en reclamacion del doble del valor de los efectos detentados (1).

Secuestro.—Cuando se entregaba una cosa en custodia á una persona neutral, esperando la terminacion de un litigio ó juicio de árbitros en que se habia de declarar á quién pertenecia, los Romanos llamaban á esta clase de depósito secuestro. Podia ser voluntario ó judicial, y la condicion de estos depósitos consistia en que la cosa depositada debia entregarse á la persona que se declaraba con mejor derecho á ella.

Edicto nautæ, caupones, etc.—Por un edicto del pretor Romano, cuyas disposiciones han sido adoptadas en la Europa moderna y en los Estados de la América del Norte, los capitanes de las embarcaciones, los posaderos y los dueños de establos, responden del equipaje y efectos de los viajeros confiados á su cuidado, ó recibidos en buque, posada ó establo. Las palabras del edicto son: «*nautæ, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo*» (2). Bajo la palabra *nautæ* se comprende á los barqueros; pero este principio se ha extendido en Inglaterra á los arrieros ó porteadores por tierra, cuya responsabilidad es, en algunos puntos, más estrecha que la que imponia el Derecho Romano. *Caupones* son los posaderos en cuyas casas se albergan y comen los viajeros. Estas posadas abundaban en Roma y á lo largo de todos los grandes caminos de Italia, como puede verse en la descripcion que hace Horacio de su viaje á Brundusium (Sat. I, 5), y las personas que tenian estas casas de hospedaje eran miradas con cierto desprecio por los Romanos. «Es necesario, dice Ulpiano al comentar este edicto, confiar mucho en la honradez de tales hombres; y si no se les vigilaba muy extrechamente, podian caer en la

(1) D. 4, 9, 1, § 1 y 3.
(2) D. 4, 9, 1, pr. y § 1.

tentacion de cometer un abuso de confianza, y hasta de entrar en tratos secretos con los ladrones.»

Responsabilidad segun este edicto.—Por motivos de pública utilidad, por tanto, los posaderos respondian de la pérdida ó del daño de los efectos que sus huéspedes les entregaran en depósito, sin atender á si eran debidos á actos de los criados de la casa ó de personas extrañas. Cuando se ha robado un objeto por un criado de la posada, ó por otra persona á quien se ha permitido la entrada en ella, se debe una indemnizacion al dueño, sin que sirva de escusa el hurto, pues el fin del edicto era proteger á los viajeros contra la negligencia y contra la mala fé. Pero el posadero no está obligado á indemnizar por pérdidas ó daños producidos por accidentes fortuitos ó fuerza mayor, como un rayo, una tempestad, un tumulto popular, la piratería, el robo, etc. El posadero no respondia de los caballos dejados en su cuadra si ésta era destruida por un fuego casual, pues esto, salvo que se probara que habia habido negligencia, se consideraba como *damnum fatale*. El mismo principio se ha aplicado tambien, al parecer, á la pérdida ocasionada por ladrones y *housebreakers* (1) que han sido sentenciados y condenados. Nunca se ha dudado en Escocia ni en Inglaterra que, con arreglo al edicto, la responsabilidad de los posaderos se extiende al hurto. El profesor Bell los considera responsables tambien del robo; pero esto parece dudoso, pues el edicto Romano hace una distincion entre el caso en que se sustraen los efectos clandestinamente, y el en que se cogen empleando una fuerza irresistible (2).

Segun el Derecho francés, no cabe responsabilidad cuando se roban á fuerza armada ó alevosamente los efectos pertenecientes á los huéspedes; pero son los posaderos responsables, como en Inglaterra, por los hurtos y daños, ya sean debidos á los criados de la casa, ya á personas extrañas (3).

Segun un Estatuto de la Reina Victoria (26 y 27, c. 41), el posadero no es responsable de la pérdida ó daño causado en los efectos de los huéspedes en lo que escedan de treinta libras

(1) Ladrones que penetran en las casas fracturando puertas, etc. (N. del T.)
(2) D. 4, 9, 3, 1.
(3) *Código Civil*, art. 1953.

esterlinas (1), á escepcion de los casos siguientes: 1.°, cuando la cosa en cuestion es un caballo ú otro animal, sus arreos ó un carruaje; 2.°, cuando la propiedad ha sido perdida, ó robada ó sufrido daño por hecho voluntario ó abandono del posadero ó de sus criados; 3.°, cuando los efectos se han depositado en manos de aquel expresamente para su custodia. Para que el posadero disfrute los beneficios de este Estatuto, dos cosas son necesarias: 1.ª, no debe negarse á recibir efectos que se quieran encomendar á su segura custodia; 2.ª, debe exhibir en el vestíbulo ó entrada de su establecimiento una copia impresa de la primera seccion del Estatuto.

El dueño de una casa de huéspedes hace un contrato con cada uno de los que recibe, y, así, su posicion difiere de la del posadero, el cual está obligado sin contrato especial á dar alojamiento y comida, á un precio razonable, á todos los viajeros, hasta donde esto sea posible. El edicto, por tanto, no se ha considerado que alcanzaba á los dueños de las casas de huéspedes.

Seccion III.—Prenda.

Naturaleza de la prenda.—El contrato de prenda es aquel en virtud del cual se entrega una cosa á un acreedor en garantía de cantidades que se le deben, con la condicion de que ha de devolverla al dueño una vez pagada la deuda, y con la facultad de venderla si no se pagara. La hipoteca es una garantía dada á un acreedor sobre una cosa en cuya posesion continúa el deudor (2).

Los inmuebles, como tierras y casas, lo mismo que los muebles corporales y otras cosas, podian ser dadas en prenda segun el Derecho Romano. Como el contrato es beneficioso para ámbas partes, el acreedor está obligado á cuidar con una regular diligencia de la conservacion de la cosa, y es responsable de la *culpa levis*. Como la cosa empeñada sigue siendo propiedad del dueño, si se perdiera por un accidente imprevisto, ó pereciera á consecuencia de un defecto intrínseco de

(1) Unos tres mil reales.
(2) D. 20, 1.—C. 8, 14.

ella misma, el acreedor no es responsable y puede compeler al pago de la deuda. Pero, en tal caso, no basta que el acreedor alegue que la prenda se ha perdido, sino que debe probar cómo se perdió, y que no pudo impedirlo.

El acreedor, aunque tenia en su poder la prenda, no la podia usar, ni percibir las utilidades que produjera, sin celebrar un contrato á este efecto. Estaba obligado á dar cuenta de dichas utilidades, pero tenia derecho á indemnizacion por todas las impensas necesarias hechas en la cosa.

Pactum antichresis.—Mediante el *pactum antichresis* se autorizaba al acreedor para percibir los frutos en pago de los intereses ó réditos de su deuda.

Abolicion de la lex commissoria.—Podia estipularse como condicion del contrato, mediante la *lex commissoria*, que la cosa dada en prenda pasaria á ser de la propiedad absoluta del acreedor, si la deuda no se pagaba dentro del tiempo convenido. Pero habiéndose visto que esta condicion era fuente de opresion y de injusticias, una Constitucion de Constantino la abolió en el año 326 (1).

Podia darse una cosa en prenda sucesivamente á várias personas, cuyas deudas debian satisfacerse segun cierto órden de la prioridad. Esta regla tenia algunas excepciones, como, por ejemplo, cuando un acreedor posterior adelantaba dinero que se aplicaba á la conservacion de la cosa empeñada, como un buque, y entónces tenia preferencia (2). Igual principio se reconoce en el Derecho inglés respecto del préstamo á la gruesa.

La prenda responde de la deuda, de los intereses y de los gastos.—La prenda responde de la deuda é intereses y de todas las impensas necesarias. Cuando todo esto se ha pagado, el deudor tiene derecho á que se le devuelva la prenda. Segun el Código francés, el poseedor de una prenda tiene derecho á retenerla en garantía de otras deudas que haya contraido con él el que la ha empeñado, aunque no estén especialmente garantizadas con la cosa empeñada (3). En Inglaterra, el acreedor no puede retener la prenda para el pago de otra deu-

(1) C. 7, 35.
(2) D. 20, 4, 5.
(3) *Código Civil*, art. 2082.—Lo mismo sucede en España. (N. del T.)

da que aquella porque se empeñó, y aunque se ha dicho que un principio distinto rige en Escocia, esto es cuestionable en vista de sentencias recientes.

Facultad de vender.—Vencido el plazo, el acreedor tiene la facultad de vender la prenda, y cobrar su deuda de lo que haya producido la venta. Si faltara algo le queda una accion personal para cobrarlo del deudor, y si hubiera un sobrante debe entregarse á éste. Segun el Derecho Romano, la facultad de vender podia ejercerse en la forma convenida en el contrato, pudiéndose efectuar sin autorizacion judicial. Justiniano declaró en una Constitucion que si no habia un acuerdo especial sobre el asunto, la venta no debia verificarse hasta dos años despues de la fecha del aviso dado al deudor, ó de una sentencia judicial pronunciada contra él (1). En Inglaterra, faltando el deudor al cumplimiento de su compromiso, el acreedor puede vender la prenda sin intervencion judicial, despues de dar un plazo razonable al acreedor para que la redima. En Escocia se exige una sentencia judicial para autorizar la venta, y la misma regla rige en Francia (2).

Terminacion de la prenda.—La prenda termina por la destruccion de la cosa, por el pago de la deuda, por perdonar ésta el acreedor y de otros modos.

A propósito de este asunto, debemos hacer notar que lo relativo á casas de empeños está especialmente regulado en Inglaterra por un Estatuto de Jorge III (39 y 40, c. 99) y otro de la Reina Victoria (9 y 10, c. 98).

Hipotecas tácitas.—El Derecho Romano reconocia las hipotecas tácitas de una manera mucho más ámplia que en los tiempos modernos. Entre otros ejemplos pueden citarse los siguientes: 1.° el Tesoro público tenia derecho preferente, mediante una hipoteca tácita, á toda la propiedad de una persona que era deudora al fisco; 2.° si se prestaba dinero para la reparacion de una casa, el edificio quedaba hipotecado al acreedor en seguridad de la deuda; 3.° el propietario de una finca rural tenia una hipoteca tácita en garantía de la renta sobre

(1) C. 8, 34, 3. Justiniano.
(2) Por Derecho español puede venderla, mediante ciertas formalidades. El acreedor no puede comprar la cosa dada en prenda, aunque puede pedir al juez que se le adjudique cuando no haya compradores. (N. del T.)

los frutos pertenecientes al arrendatario; 4.° el dueño de una casa, tienda ó almacen, tenia una hipoteca igual sobre los muebles que en ellos tuviera el inquilino.

Seccion IV.—Contratos innominados.

Sus diferentes clases.—Antes de dar por terminado lo relativo á los contratos reales, debemos decir algo de aquellos que los jurisconsultos modernos llaman *innominados*, porque carecen de nombre especial. Paulo los divide en cuatro clases: *do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias.* Era esencial que una de las partes diera ó hiciera alguna cosa para que naciera una obligacion de parte de la otra.

Permuta.—Uno de los más importantes de estos innumerables contratos, es el cambio ó permuta (*permutatio*), que queda perfecto cuando una de las partes ha dado alguna cosa para que el que la recibe dé otra: *do ut des.* En todos estos casos, la persona que cumplia por su parte podia optar entre demandar á la otra para que cumpliera á su vez, ejercitando la accion *præscriptis verbis*, ó renunciar al contrato recobrando la cosa que habia dado por la *condictio causa data causa non secuta* (1).

(1) D. 19, 5, 5, § 1 y 2.

CAPÍTULO III.

DE LOS CONTRATOS VERBALES Y LITERALES.

SUMARIO.=I. DERECHO ROMANO.—Estipulacion.—Fianza.—Contrato literal.= II. DERECHO INGLÉS Y ESCOCÉS.—Doctrina inglesa respecto de la causa de deber.—En Escocia no se exige.

I.—DERECHO ROMANO.

Estipulacion.—La *verborum obligatio* de los Romanos se contraia profiriendo ciertas palabras solemnes las partes, una de las que hacia una pregunta que era contestada por la otra. Se llamaban estas obligaciones *estipulaciones*, y eran obligatorias aunque no constara la causa. Una mera promesa, hecha sin la debida interrogacion, no era válida como no lo era un *nudum pactum*. En las estipulaciones, la pregunta y la respuesta deben corresponder exactamente, de esta manera: «*Quinque aureos mihi dare spondes?*» «*Spondeo.*» «*Promittis?*» «*Promitto.*» «*Dabis?*» «*Dabo*» «*Facies?*» «*Faciam.*»

Una estipulacion podia ser absoluta ó condicional, y podian obligarse como acreedores ó deudores dos ó más personas. Cuando vários se comprometian á la vez mancomunada y separadamente al cumplimiento de toda la obligacion, cada uno quedaba obligado como si fuera el único deudor, y el acreedor podia demandar á cualquiera de ellos por toda la deuda. El Emperador Leon abolió las formas rigurosas de la estipulacion, de suerte que un contrato podia celebrarse empleando cualesquiera palabras que expresaran claramente la intencion de las partes (1).

Fianza.—*La fidejussio* era un contrato de garantía por el

(1) I. 3, 16, 17 y 20.—D. 45, 1.—C. 8, 38 y 39.

cual una persona se comprometia á cumplir una obligacion contraida por otra en caso que ésta no lo hiciera. La obligacion del fiador, que generalmente se contraia por estipulacion, pero que podia hacerse constar por escrito, se extendia no sólo al fiador, sino tambien á sus herederos. El fiador podia garantizar las obligaciones naturales como las civiles; así que podia darse el caso de que él fuera demandado y que no pudiera serlo el deudor principal. El fiador podia responder por ménos, pero no por mayor cantidad, que el principal. Cuando hay vários fiadores, cada cual responde *in solidum* al acreedor; pero todos ellos son igualmente responsables los unos respecto de los otros.

Los fiadores, segun el Derecho Romano, gozan del beneficio de discusion; es decir, pueden pedir que se demande ántes al deudor principal, á ménos que el acreedor pueda probar que seria inútil por ser insolvente ó estar ausente. Tienen accion para cobrar del deudor principal la cantidad que hubiesen pagado legítimamente en lugar de él. Tienen derecho á pedir la cesion del crédito al acreedor, para poder reclamar de los demás fiadores la parte de deuda correspondiente.

Segun el *Senatusconsultum Velleianum*, la fianza prestada por una mujer casada era ineficaz. Se introdujeron algunas excepciones á esta regla ántes de Justiniano, el cual ordenó que semejante obligacion seria absolutamente nula, si no se constituia en un documento público firmado por tres testigos (1).

En la Gran Bretaña todos los contratos de fianza deben hacerse constar por escrito. Los fiadores no tienen el beneficio de discusion si no se estipula expresamente en la escritura de fianza. La liberacion por parte del acreedor en favor de uno de los fiadores, sin la intervencion de los demás, produce el efecto de eximirlos á todos.

Contrato literal.—La *obligatio literis* del Derecho Romano era el reconocimiento por escrito de una deuda, y se usaba principalmente en el caso de un préstamo en dinero, dando lugar á una accion llamada *condictio in chirographo*. El acreedor no podia incoar demanda alguna dentro de los dos

(1) I. 3, 21.—D. 46, 1.—C. 8, 41.

años, á contar desde la fecha del vale, sin exponerse á que se utilizara en contra de él la *exceptio non numeratæ pecuniæ*, en virtud de la cual tenia que probar que el dinero habia sido entregado realmente al deudor. Pero una vez trascurridos los dos años desde la fecha de la obligacion, esta excepcion no se admitia (1).

II.—Derecho inglés y escocés.

Doctrina inglesa respecto de la causa de deber.—Hemos dicho ya que, segun el Derecho inglés, se presume la existencia de una causa cuando el contrato se hace *con sello;* pero, como regla general, no se puede compeler judicialmente al cumplimiento de un contrato *sin sello*, si no se apoya en una causa conforme á la máxima del Derecho Romano: «*ex nudo pacto non oritur actio.*» Sobre este particular, el Dr. Brown dice: «*ex nudo pacto, non oritur actio*, es una regla del Derecho civil como lo es del Derecho inglés; pero el sentido del *nudum pactum* es muy diferente en las dos Legislaciones. Entre los Romanos, el convenio verbal, á que acompañaban como formalidad ciertas palabras solemnes, y que se llamaba entónces estipulacion, era válido aunque no tuviera causa, y no *nudum pactum*. En Inglaterra, todo convenio verbal sin causa es nulo y *nudum pactum*. Entre los Romanos, las convenciones, aunque fueran escritas, no suponian, por lo ménos hasta que trascurria cierto tiempo, la existencia de una causa; y, aunque la expresaran, podia negarse durante aquel tiempo. Entre los ingleses, los instrumentos más solemnes implican una causa; pero no los que lo son ménos, salvo que sean negociables y puedan afectar á los intereses de una tercera persona; pueden evidenciar el acuerdo ó propósito de las partes, pero no servir de prueba concluyente de que existe causa bastante» (2).

Como ya se ha dicho, no es necesario ya en Inglaterra que la causa de una fianza conste en la escritura (3).

En Escocia no se exije.—En Escocia no es esencial para la

(1) I. 3, 22.—C. 4, 30.
(2) View of the civil law, vol. I, p. 358.
(3) Victoria, 19 y 20, c. 97, s. 3.

validez de una obligacion el que se contraiga por causa alguna. Así que no se admite la regla de Derecho Romano, segun la que no nace accion de un *nudum pactum*, y la obligacion contraida deliberamente, aunque sea gratuita, es firme. Esto está conforme con el Derecho Canónico, segun el cual, todo pacto produce accion, *et omne verbum de ore fideli cadit in debitum* (1).

(1) Stair, I. 10, 7.

CAPÍTULO IV.

DE LOS CONTRATOS QUE SE PERFECCIONAN SÓLO POR EL CONSENTIMIENTO.

SUMARIO.=Contratos consensuales.—*Seccion primera: Compra-venta.*=I. Derecho Romano.—Naturaleza y forma de este contrato.—Cosas que pueden venderse.—Precio.—*Læsio ultra dimidium.*—Responsabilidad por los vicios de la cosa.—Obligacion de entregar la cosa.—Peligros de la cosa vendida.—Excepciones de la regla general.—Condiciones peculiares de la compra-venta.—Eviccion.—Rescision.=II. Derecho inglés y escocés.—Estatuto sobre fraudes.—Reglas para la trasmision de la propiedad.—Estatuto sobre reforma del Derecho mercantil.—Responsabilidad por los defectos de la cosa.—Efectos hurtados.=*Seccion segunda: Locacion, conduccion ó arrendamiento.*—Naturaleza de este contrato.—Arrendamiento de casas y tierras.—Obligaciones del arrendador.—Obligaciones del arrendatario.—Locacion tácita.—Alquiler de trabajo ó servicios.=*Seccion tercera: Sociedad.*—I. Derecho Romano.—Cómo se constituye la sociedad.—Derechos de los sócios.—Obligaciones de los sócios.—Disolucion de la sociedad.=II. Derecho francés.—Diferentes clases de sociedades en Francia.=III. Derecho inglés y escocés.—En Inglaterra una compañía no es una persona *separada*.—En Escocia rige una regla diferente.—Quiebra.—Sociedades por acciones.=*Seccion cuarta: Mandato.*—Naturaleza del mandato.—Cómo se constituye.—Facultades del mandatario.—Cómo terminaba el mandato.—Derecho moderno.

Contratos consensuales.—Los contratos perfeccionados por el sólo consentimiento son cuatro: la compra-venta, la locacion, la sociedad y el mandato. Todos estos contratos son *bonæ fidei.*

Seccion primera.—Compra-venta.

I.—Derecho romano.

Naturaleza y forma de este contrato.—La compra-venta es un contrato, mediante el cual una persona se obliga á entregar una cosa á otra con la intencion de traspasarle la propiedad de la misma por un precio. Cuando una mercancía se da

en equivalencia de otra, esto constituye una permuta y no una venta (1).

Por Derecho Romano, el contrato de compra-venta era firme, aunque no se hiciera constar por escrito, por grande que fuera el valor de la cosa. Además de la capacidad personal para contratar, tres circunstancias eran necesarias en este contrato: cosa, precio y consentimiento de los interesados.

Aunque el solo consentimiento era generalmente suficiente, sin embargo, si se convenia en que el contrato debia hacerse constar por escrito, la venta se consideraba incompleta, y cualquiera de los interesados podia apartarse de él en tanto que no se estendiera la escritura (2).

Cosas que pueden venderse.—Todas las cosas que estaban en el comercio y eran susceptibles de ser apropiadas, podian venderse á ménos que su venta no esté prohibida por la ley. Es válida la venta de una cosa que no existe á la fecha del contrato, como los productos futuros de una finca; y hasta la esperanza de una ganancia puede venderse, como, por ejemplo, una herencia ó la pesca que salga de una redada.

Precio.—El precio debe ser cierto ó de posible fijacion, la cual puede deferirse á una tercera persona (3). Cuando se vende una cosa y se entrega, y nada se dice del precio, se considera que los interesados han aceptado como tal en su contrato su justo valor ó el precio del mercado.

Læsio ultra dimidium.—Cuando el precio era inferior á la mitad del valor de la cosa vendida, el vendedor tenia derecho á rescindir el contrato por causa de lesion, á ménos que el comprador no consintiese en pagar la diferencia (4). Esta doctrina procedia de la idea errónea de que el precio en venta debia ser igual al valor de la cosa vendida, en lugar de ser el importe de lo acordado entre las partes, que debe ser siempre obligatorio, salvo los casos en que haya fraude ó engaño. Algunos escritores han supuesto que el comprador podia igualmente rescindir el contrato cuando era lesionado en más de la mitad del precio; pero esta doctrina carece de fundamento (5).

(1) I. 3, 23, 2.
(2) I. 3, 23, 1.
(3) I. 3, 23, 1.
(4) C. 4, 44, 2.
(5) Maynz, § 297.

Responsabilidad por los vicios de la cosa.—Segun el Derecho Romano, el vendedor estaba obligado por la naturaleza del contrato, y sin que fuera precisa al efecto extipulacion alguna, á responder de que la cosa vendida no tenia defectos que la hicieran inútil para el uso á que se la destinaba. Cuando la la cosa no correspondia á esta seguridad implícita, la venta podia anularse y obtenerse la restitucion del precio pagado. En tal caso, el recurso ordinario del comprador era pedir la rescision del contrato por la *actio redhibitoria*, que debia ejercitarse dentro de los seis meses á contar desde la fecha de la venta (1).

No sólo estaba el vendedor obligado, segun el Derecho Romano, á garantir que la cosa vendida no tenia vicios que la hicieran impropia para el uso á que estaba naturalmente destinada, sino que tambien, cuando el defecto que daba lugar á la reclamacion era de ménos importancia, de modo que no hacia más que disminuir su valor, estaba obligado á pagar la parte del precio que excedia de lo que el comprador habria dado, si hubiera conocido el defecto. Esta obligacion se hacia efectiva por la *actio quanti minoris*, que debia ejercitarse dentro del año; pero semejante principio, que es enteramente contrario á los intereses del comercio, no está autorizado en la Legislacion moderna.

Como regla general, la responsabilidad por los vicios de la cosa se daba siempre por supuesta en el Derecho Romano; pero los interesados tenian la facultad de derogar esta regla por un convenio especial. El vendedor podia estipular que no responderia de defecto alguno, ó de uno especial que se expresaba, y estas condiciones eran válidas cuando no habia fraude.

Obligacion de entregar la cosa.—El vendedor no estaba obligado á entregar la cosa miéntras no se le hubiera pagado el precio, á ménos que la venta no fuera á plazo; en cuyo caso, si el pago se demoraba, vencido ya el plazo, se devengaban intereses.

Era un principio en Derecho Romano que la propiedad de la cosa vendida no se trasmitia al comprador sólo por el contrato, sino que era necesario al efecto la entrega real ó figurada. Cuando un dueño vendia una misma cosa á dos personas diferentes, y no se entregaba á ninguna de ellas, el primer comprador tenia la preferencia en consideracion á la prioridad de su contrato; pero si el segundo comprador obtenia la posesion *bona fide*, era preferido al primero.

(1) Ibid., § 296.

Segun el Derecho Romano, la propiedad, ó *jus in re*, no se transfiere por el contrato, á ménos que siga á éste la tradicion. Segun el Código francés, los inmuebles se hacen de la propiedad del comprador por el contrato, el cual produce los efectos de una trasmision del *jus in re*. Pero si la cosa que se vende es mueble, la propiedad no se traspasa por el contrato y sin tradicion, si hay de por medio una tercera persona; así que un segundo comprador que ha obtenido la posesion *bona fide*, es preferido al primero. Esta excepcion del principio general reconoce por causa la libre circulacion de los bienes muebles, que en un mismo dia pueden pasar por veinte manos diferentes (1).

Peligros de la cosa vendida.—Tan pronto como el contrato de venta está perfecto, todos los peligros de la cosa vendida, así como sus productos, son de cuenta del comprador, aunque no se haya entregado. *Periculum rei venditæ nondum traditæ est emptoris.* Pero para que el peligro pase al comprador ántes de que le entregue el dueño la cosa, ésta ha de ser determinada y el precio cierto. En el caso de las mercancías vendidas por peso, número ó medida, el contrato no es perfecto hasta tanto que se hayan pesado, contado ó medido. Cuando se vende en junto todo el trigo de un granero determinado, ó todo el vino de cierta bodega por una suma alzada, el peligro es del comprador, porque nada falta para que esté perfecto el contrato; pero cuando es necesario verificar alguna operacion, como pesar ó medir, para saber á lo que asciende el precio, la cantidad ó parte determinada de lo que hay que entregar, y ponerlo en estado de que pueda recibirse, el contrato está imperfecto miéntras no se haya llevado á cabo dicha operacion. A veces surgen no pocas dificultades de la aplicacion de esta regla (2).

(1) Rogron, *Code Civil expliqué*, art. 1141.
(2) D. 18, 1, 35, § 5 y 6.—Hansen, 4 Febrero de 1859, Sess. Ca., vol. XXI, p. 432.

Excepciones de la regla general.—La regla general de que la cosa corre á riesgo del comprador desde el momento de la venta, tiene algunas excepciones: 1.ª cuando la pérdida tiene lugar por culpa del vendedor, por demorar indebidamente la entrega de la cosa, ó por falta del debido cuidado y diligencia; 2.ª cuando por un convenio especial el peligro corre para el vendedor.

Condiciones peculiares de la compra-venta.—Podian añadirse algunas condiciones á la venta en provecho del vendedor, tales como el *pactum legis commissoriæ* y el *pactum de retrovendendo*. Por la primera se convenia que, en el caso de no pagarse el precio dentro de un plazo fijo, el contrato podia anularse, y el comprador estaba obligado á devolver la cosa vendida. Por la segunda, el vendedor tiene la facultad de redimir su propiedad ó volver á ella dentro de un tiempo dado, reembolsando al comprador el precio que habia recibido por ella.

Eviccion.—Verificada la entrega, el vendedor estaba obligado á responder al comprador de la validez del título con que la poseia, y á indemnizarle de su pérdida si llegaba á ser desposeido de ella (1).

Rescision.—La compra-venta podia rescindirse de várias maneras: 1.ª por el mútuo consentimiento de vendedor y comprador; 2.ª por no cumplirse alguna de las condiciones extipuladas; 3.ª por haber habido fraude, fuerza, error ú otras causas de nulidad.

II.—Derecho inglés y escocés.

Antes de dar por terminada esta materia, debemos apuntar algunas de las diferencias que hay entre las Legislaciones de Inglaterra y Escocia respecto de la venta.

Estatutos sobre fraudes.—En Inglaterra, con arreglo al Estatuto sobre fraudes (Car. II, 29, c. 3), ningun contrato de venta de efectos y mercaderías cuyo precio sea de diez libras esterlinas ó más, será válido si no concurre alguna de estas circunstancias: que el comprador acepte y reciba parte de los

(1) D. 21, 2.—C. 85, 45.

efectos vendidos, ó que pague algo ya en garantía del contrato, ya como pacto del precio, ó que conste un escrito firmado en el convenio por los interesados ó sus representantes legítimos.

Regla para la trasmision de la propiedad.—En Inglaterra, tambien la propiedad de los efectos determinados y en estado de poderse entregar se traspasa al comprador, una vez celebrado el contrato y ántes de que tenga lugar la entrega ó tradicion. En Escocia el contrato de venta, con la excepcion de la de buques, es eficaz, aunque no se haga constar por escrito, y para probar su existencia bastan los testigos ó cualquiera otra prueba legal. La propiedad de los efectos vendidos no pasa al comprador por el mero hecho del contrato de venta, sino que continúan siendo del vendedor hasta que se justifica la entrega, como en el Derecho Romano.

Estatuto sobre reforma del Derecho mercantil.—Una importante modificacion de la doctrina escocesa sobre la tradicion, se ha llevado á cabo mediante el Estatuto para la reforma del Derecho mercantil (Vict., 19 y 20, cap. 60), el cual ordenó lo siguiente: «Cuando los efectos han sido vendidos, pero no se han entregado al comprador, sino que se han dejado al cuidado del vendedor, no tendrá derecho ningun acreedor de éste, despues de la fecha de la venta, á pedir contra dichos efectos como si perteneciesen al vendedor, ni áun en concepto de embargo, para impedir que el comprador ú otro que haya adquirido su derecho obligue á la entrega de la cosa; y este derecho del comprador á pedir la entrega desde la fecha de la venta, puede ser embargado por sus acreedores ó trasferido á los mismos.» Además, el vendedor está obligado por el mismo Estatuto á entregar la cosa á un segundo ó ulterior comprador, mediante el pago del precio y el cumplimiento de las condiciones del primitivo contrato de venta, y no puede, si surge una cuestion con este segundo comprador, retener la cosa á cuenta de deuda alguna independiente y distinta que en favor de dicho vendedor tuviese contraida el comprador primitivo.

Responsabilidad por los defectos de la cosa.—En cuanto á la responsabilidad tácita, el Derecho inglés no la admitia en la compra-venta, y la regla general es, «que con respecto

al buen estado de los efectos comprados, el vendedor no está obligado á responder, á ménos que no hubiera asegurado expresamente que estaban en buen estado, ó supiere que éste era malo y se hubiera servido del engaño para disimularlo.» Otro escritor inglés, al tratar de este asunto, dice: «no se supone que se garantiza la calidad de la cosa en la venta de un *chattel*; pero si se encargan efectos á un mercader para un fin especial que él conoce, contrae el compromiso tácito de que los efectos serán buenos para el caso y conforme al pedido hecho.» Por el contrario, el Derecho escocés seguia la doctrina Romana en esta cuestion hasta la publicacion del Estatuto de reforma del Derecho mercantil, en el cual se declara que «desde la promulgacion de este Estatuto, cuando se vendan efectos, si al tiempo de la venta ignoraba el vendedor que éstos eran defectuosos ó de mala calidad, no estará obligado á responder de su calidad ó idoneidad, sino que aquellos, con todas sus faltas, quedarán á riesgo del comprador, á ménos que el vendedor haya garantido expresamente la calidad ó idoneidad de tales efectos, ó á ménos que los efectos se hayan vendido para un fin especial y determinado, en cuyo caso se considerará que el vendedor, aunque no haya dado dicha expresa garantía, ha respondido de que las mercancías son útiles para el fin á que se destinan.

Efectos hurtados.—En Escocia ningun comprador de efectos hurtados puede adquirir derecho absoluto sobre ellos con perjuicio del derecho del verdadero dueño; mas en Inglaterra, la venta de tales efectos, hecha en el mercado público, da al comprador un título firme hasta que el verdadero dueño haya conseguido que el ladron sea condenado en juicio.

Seccion II.—Locacion-conduccion ó arrendamiento.

Naturaleza de este contrato.—Este contrato es de dos clases: el arrendamiento de cosas y el arrendamiento de trabajo ó de servicios. El de cosas es aquel por el cual una de las partes se compromete á ceder á la otra el uso de una cosa por un tiempo limitado, mediante el pago de cierta renta ó alquiler. El arrendamiento de trabajo es un contrato por el cual uno de los interesados se compromete á hacer algo en beneficio del otro mediante cierta remuneracion. En ámbos casos el contrato se perfecciona por el consentimiento, y tiene gran afinidad con la venta (1).

1.° *Arrendamiento de cosas*.—Todas las cosas que están en el comercio, sean muebles ó inmuebles, pueden darse en arrendamiento. Pero las cosas que se consumen por el uso, como el dinero, los valores fiduciarios, el vino, etc., pueden venderse, pero no arrendarse.

Arrendamientos de casas y tierras.—Los arrendamientos de casas y tierras se hacen por el término limitado en que convengan los interesados. Entre los Romanos, el término comun de un arrendamiento de tierras era el *lustrum* de cinco años. Si no habia estipulacion en contrario, los compromisos contraidos por el contrato pasaban á los representantes de ámbas partes, y el arrendatario podia subarrendar la finca á otro.

Obligaciones del arrendador.—Las obligaciones principales del arrendador son: 1.ª, poner al arrendatario en posesion de la cosa; 2.ª, entregarla en buen estado y mantenerla en el mismo para que pueda servir á los fines para que se arrendó; 3.ª, asegurar la tranquila posesion al arrendatario durante el trascurso del tiempo convenido. El arrendatario de casas se llama *inquilinus* y el de tierras *colonus* (2).

Obligaciones del arrendatario.—Habia en el arrendamiento de casas la peculiaridad de que el inquilino tenia que dejarla cuando el propietario la necesitaba para su propio uso (3).

Como el arrendamiento sólo producia una mera obligacion personal, al comprador de una cosa arrendada no obligaba el arrendamiento, y podia despedir al arrendatario, quien tenia sólo la facultad de exigir una indemnizacion al arrendador. Para obviar este inconveniente, se estipulaba comunmente en las ventas que el comprador debia respetar el arrendamiento corriente.

---

(1) Maynz, 1. 3, 25.—D. 19. 2.—C. 4. 65 y 70.
(2) Maynz, 299.
(3) Maynz, § 300.—C. 4, 65, 3.

El arrendatario debe hacer un uso debido de la cosa, y no dedicarla á otro fin que aquel para el cual se arrendó, conservarla en buen estado y devolverla al terminar el tiempo convenido. Es responsable de la *culpa levis*, pero no de las pérdidas producidas por accidentes inevitables.

La obligacion principal del arrendatario es la de satisfacer la renta en los plazos estipulados. Esta generalmente se paga en moneda corriente; pero cuando se arriendan tierras, puede consistir en una parte de los frutos producidos. Los frutos de la tierra están hipotecados al propietario en garantía de la renta, é igual hipoteca grava sobre los muebles de un inquilino en seguridad del alquiler de la casa. Cuando hay un atraso de dos años en el pago de la renta, se puede despedir al arrendatario. El que lo es de una finca rústica tiene derecho á una rebaja en la renta, si toda la cosecha se perdiera á consecuencia de algun siniestro inesperado y extraordinario, como una inundacion, una invasion en tiempo de guerra, etcétera; pero si durante los demás años del arrendamiento la pérdida sufrida se compensara á causa de los rendimientos extraordinarios de la finca, el colono debe pagar entónces la suma que se le habia perdonado (1).

Locacion tácita.—El contrato de arrendamiento generalmente se concluye al vencimiento del plazo convenido. Si se facultaba al arrendatario para continuar en posesion de la cosa despues del vencimiento, esto se consideraba como una tácita renovacion del contrato de año á año, ó por cualquiera otro período adecuado á la naturaleza de la cosa arrendada. Todas las condiciones ordinarias del arrendamiento se consideraban renovadas en este caso; pero la obligacion del fiador no continuaba de igual modo. El contrato se terminaba tambien con la destruccion ó pérdida de la cosa. El arrendatario podia ser despedido ántes del vencimiento del plazo, no sólo por falta de pago de la renta, sino tambien por haber causado daños en la cosa ó hacer mal uso de ella de cualquier modo.

Ya hemos hablado de dos derechos, que participan hasta

(1) Maynz, § 299-300.—D. 19, 2, 15, 2.—Compárese con el Código Civil francés, artículos 1769 y 1770.

cierto punto de la naturaleza del arrendamiento, pero que tienen un carácter más permanente, llamados enfitéusis y superficie.

2.° *Alquiler de trabajo ó servicios*.—La mayor parte de los principios generales que rigen el arrendamiento de cosas, pueden aplicarse al de trabajo ó servicios. Para distinguir entre el arrendamiento y la venta, Justiniano establece la siguiente regla. Si un obrero suministra todos los materiales y tambien el trabajo por cierto precio, como, por ejemplo, si un platero se compromete á hacer una vasija de plata y á dar además el material por una suma dada, esto es una venta, y no un arrendamiento; pero si se da la plata al artífice, poniendo éste sólo la mano de obra, esta es la *locatio operis* (1). Cuando un maestro de obras contrata la construccion de una casa en terreno ajeno poniendo él los materiales, esto es tambien una locacion, porque el terreno, que es lo principal, pertenece al otro, y el edificio sigue á aquel como accesorio: *edificium solo cedit* (2).

La persona que se compromete á hacer una obra, debe ejecutarla como es debido y dentro del tiempo concertado. Tiene que verificarlo con el necesario cuidado y con pericia, y si á causa de su negligencia ó ignorancia la obra resulta defectuosa ó inútil, está obligado á indemnizar por los perjuicios al que le habia dado el encargo, porque nadie debe emprender un trabajo para el cual no tiene suficiente conocimiento: *imperitia culpæ enumeratur*.

Cuando un contratista emprende una obra *aversione*, es decir, que debe entregarse toda y por entero despues de concluida, el riesgo no lo corre el que ha dado el encargo miéntras no se haya terminado y aprobado. Pero cuando el trabajo se hace por piezas ó por medida segun se va llevando á cabo, el riesgo de lo que se haya concluido pasa al que dió el encargo tan pronto como se haya recibido y medido (3).

En cuanto al alquiler de braceros ó de criados poco debemos decir. Sus derechos y obligaciones, y la clase y cantidad de trabajo que se les puede exigir, dan lugar á muchos parti-

(1) I. 3, 25, 4.
(2) Pothier, *Contrat du Louage*, part. VII, c. I.
(3) D. 19, 2, 36. Florentinus.

culares que, cuando no se fijan expresamente por el contrato, deben determinarse en gran parte por la costumbre.

Seccion III.—Sociedad.

I.—Derecho Romano.

Cómo se constituye la sociedad.—La sociedad es un contrato, pr el cual dos ó más personas convienen en unir su propiedad ó trabajo en un fondo comun con el fin de repartir las ganancias. Puede formarse la sociedad para una sola empresa ó para toda clase de negocios. El contrato se perfecciona por el consentimiento, y el capital aportado por los sócios puede ser igual ó desigual, y puede consistir en propiedad, en trabajo ó en ámbas cosas. Uno puede poner el dinero y otro sólo sus conocimientos ó su trabajo (1).

Derechos de los sócios.—Si no hay convenio expreso, las ganancias y pérdidas se dividen igualmente entre los sócios; pero esto se determina generalmente en el contrato. Un sócio puede estipular el derecho á las dos terceras partes de las ganancias y la obligacion de sufrir tan sólo una tercera parte de las pérdidas, y hasta el participar solamente de las ganancias y nada de las pérdidas. Pero el convenio, en virtud del cual un sócio percibiria todas las ganancias y el otro todas las pérdidas, y que se llamaba *societas leonina*, es nulo. Si ha habido ganancias en una parte de los negocios, y pérdidas en otra, todo debe tomarse en cuenta al hacer el balance de pérdidas y ganancias (2).

Obligaciones de los sócios.—Un sócio está obligado á poner el mismo cuidado y diligencia en los negocios de la sociedad que en sus propios asuntos, y tiene que responder á sus asociados por las pérdidas ocasionadas por su descuido. No responde de las causadas por incendios, robos ú otros accidentes inevitables. Los actos de un sócio no son obligatorios para los demás si obra sin autorizacion ó fuera de los fines de la sociedad; pero cuando no se excede de sus facultades y obra en

(1) I. 3, 25.—D. 17, 2.—C. 4, 37.
(2) I. 3, 26.—I. 2.

nombre de la sociedad, sus actos obligan á todos los sócios. Un contrato hecho por un sócio como indivíduo particular y por cuenta propia, no puede afectar á la sociedad. Así que, si un sócio cede á otra persona parte de sus ganancias, este extraño no es considerado como miembro de la compañía en las cuestiones que ocurran con los demás sócios: *nam socii mei socius, socius meus non est* (1).

Si uno de los sócios hubiera adelantado dinero ó contraido algun compromiso por cuenta de la sociedad, por lo cual tiene derecho á indemnizacion, cada uno de los sócios debe contribuir al efecto en proporcion de su capital; y si uno de ellos fuera insolvente, los demás deben suplir esta parte, pagando cada uno segun su posicion respectiva (2).

Disolucion de la sociedad.—Una sociedad se disuelve por la terminacion del tiempo para que se celebró el contrato, por el mútuo consentimiento de las partes, por retirarse uno de los sócios de la sociedad, y especialmente cuando no se ha fijado plazo para su terminacion, siempre que no se haga con dolo ó con perjuicio de los demás sócios; y, finalmente, por la muerte ó quiebra de alguno de los sócios (3).

II.—Derecho francés.

Diferentes clases de sociedades en Francia.—El Derecho francés señala tres clases principales de sociedades. 1.ª La sociedad *en nom collectif* es aquella que se forma con dos ó más personas bajo una razon social, respondiendo cada sócio de todos los compromisos contraidos por la sociedad. 2.ª Sociedad *en commandité* es la contraida entre uno ó más sócios, cuya responsabilidad es ilimitada, y una ó más personas, que son generalmente prestamistas, y que no tienen que responder sino con el capital que han prestado á la sociedad. Sólo los sócios cuya responsabilidad es ilimitada pueden dirigir los negocios de la compañía. 3.ª La sociedad anónima, *société anonyme*, es aquella que no tiene razon social, y sólo es conocida por la naturaleza de la empresa que trata de rea-

(1) D. 17, 2, 20.
(2) D. 17, 2, 67.
(3) I. 3, 25, 4, 8.

lizar. No puede establecerse sino mediante la autorizacion del Gobierno; la gerencia corre á cargo de agentes de la compañía, las acciones son transferibles, y la responsabilidad del accionista se limita á la parte de capital por que se ha suscrito. Además de estas tres clases de sociedad, el Derecho francés reconoce la de riesgos en participacion entre dos ó más indivíduos, los cuales dividen las ganancias ó pérdidas que les puedan proporcionar negocios particulares segun los convenios que celebran (1).

III.—Derecho inglés y escocés.

En Inglaterra una compañía no es una persona separada.—El Derecho inglés no reconoce una sociedad particular de dos ó más personas, como existiendo con separacion de los sócios de que se compone. En un pleito de *derecho comun*, promovida por ó contra una sociedad particular, todos los sócios deben mostrarse parte, ya como demandantes, ya como demandados. Pero las sociedades por acciones generalmente tienen la facultad de ser representadas en juicio por su *public officer*, el cual puede ser nombrado para que represente á la sociedad como persona distinta de los indivíduos que la componen. En los tribunales de *equidad*, si los sócios son numerosos, en ciertos casos pueden algunos de ellos ser autorizados para demandar y ser demandados en nombre de la corporacion, ó en nombre de ellos mismos y de otros sócios que tengan un interés comun; pero todos los sócios que tienen intereses opuestos deben estar representados.

En Escocia rige una regla diferente.—En Escocia una so-

(1) *Código de comercio*, art. 18 al 50 (*).

(*) Además de las sociedades de que se hace mérito en el texto, hay otra, que fué autorizada por la ley de 23 de Mayo de 1863, promulgada el 29, denominada: *société à responsabilité limité* Esta sociedad puede constituirse sin autorizacion del Gobierno; la responsabilidad de los sócios está limitada á la parte de capital aportado, y el número de aquellos ha de ser, por lo ménos, el de siete. El capital no puede exceder de veinte millones de francos; los gerentes deben ser dueños de una vigésima parte del capital, la cual garantiza la recta administracion de los gerentes. Miéntras estos lo son, sus acciones son inalienables y los títulos que las representan tienen un sello, en el que consta esta condicion, y se custodian en la caja de la Compañía. Dentro de los quince dias siguientes á la constitucion de la sociedad, los gerentes tienen que depositar en el archivo del Tribunal de Comercio una copia del acta de constitucion, y la lista de sócios y los demás datos, los cuales pueden ser examinados por el público.

ciedad particular se considera como una persona separada é independiente en derecho, capaz de celebrar contratos, de poseer bienes muebles, y comparecer en juicio con su nombre distintivo ó razon social. Cuando la razon social incluye el nombre de uno ó más sócios, como John Bruce y compañía, la sociedad puede demandar ó ser demandada bajo dicho nombre. Pero si la razon social es meramente descriptiva, como Compañía de fundicion de hierro, es menester que tres de los sócios, por lo ménos, se indiquen como demandantes ó demandados, y que se una su nombre á dicha firma descriptiva en el proceso. Estos opuestos principios jurídicos de los dos países dan lugar á muchas é importantes diferencias en la práctica.

Quiebra.—Cuando una compañía quiebra en Inglaterra, la propiedad toda de la sociedad, lo mismo que la propiedad particular de cada sócio, se pone en manos de los síndicos; pero los acreedores particulares de cada sócio deben cobrar sus créditos ántes de que puedan aplicarse los bienes particulares de aquellos al pago de las deudas de la sociedad. «La regla para la aplicacion de la propiedad social y particular al pago de los acreedores, es que el haber social debe aplicarse al pago del pasivo de la sociedad, el haber particular al de las deudas particulares, y el sobrante de cada uno de ellos á los acreedores por el otro concepto no pagados aún.»

En Escocia el haber de la sociedad puede embargarse y aplicarse al pago de los acreedores de la misma, los cuales tienen derecho á que se les considere, por el saldo que resulte no pagado, como acreedores á los bienes particulares de cada uno y de todos los sócios.

Sociedades por acciones.—En cuanto á las sociedades anónimas por acciones transferibles y á las compañías de responsabilidad limitada, se rigen principalmente por Estatutos del Parlamento, en particular por el 25 y 26, Vict., c. 29, que se extiende á Inglaterra y Escocia. Segun este Estatuto, que empezó á regir el 2 de Noviembre de 1862, siete ó más personas que se asocian para un fin legal pueden, suscribiendo un *memorandum* de asociacion, y cumpliendo los demás requisitos exigidos por la ley, formar uua sociedad incorporada, con ó sin responsabilidad limitada. La responsabilidad de los miembros de una compañía puede ser ilimitada, ó puede, se-

gun se exprese en el *memorandum* de asociacion, limitarse á la parte no pagada de las acciones suscritas respectivamente, ó á la suma que los accionistas puedan comprometerse á contribuir para aumento del haber de la compañía en caso de liquidacion (1).

Hay numerosas compañías de ferro-carriles y de otras obras públicas que se rigen por Estatutos especiales y por algunos otros generales relacionados con aquellos (2).

Seccion IV.—Mandato.

Naturaleza del mandato.—El mandato es un contrato por el cual una persona confia la gestion de algun negocio á otra, y se compromete á desempeñarla sin remuneracion alguna. El que da la comision se llama mandante, y el que la recibe mandatario. Es esencial que este servicio sea gratuito, porque si se da alguna remuneracion al agente, el contrato no es mandato, sino *locatio operarum* (3).

En tiempo de los Emperadores, cuando se autorizó el pago de honorarios á los abogados, no podian exigirlos por la *actio mandati*, sino que el magistrado determinaba sus honorarios *extra ordinem* (4). Los corredores que intervenian en la compra y venta de mercancías y otras operaciones análogas (llamadas por los Romanos *proxenetæ*) tenian una recompensa por su trabajo (5).

Cómo se constituye.—Un mandato puede constituirse verbalmente ó por cartas, ó puede nacer *rebus ipsis et factis* cuando uno deja que otro maneje sus asuntos. El mandatario no está obligado á tomar á su cargo el negocio; pero cuando lo hace, debe ajustarse en todo á las instrucciones que se le hayan dado, pues de otra manera habrá de responder de las consecuencias de su descuido. Es responsable, no sólo del dolo y negligencia grave, sino tambien de las faltas leves.

Facultades del mandatario.—Un mandato puede ser general ó especial. Cuando se confieren á un mandatario poderes

(1) Smith, *Mer. Law*, 6.ª ed., 644.
(2) Véase, respecto del Derecho español, la parto primera, cap. XI. (N. del T.)
(3) I. 3, 27.—D. 17, 1.—C. 4, 35.
(4) D. 50, 13, 1, 10.
(5) D. 50, 14, 3.—Maynz, § 211.

generales, debe conducirse con toda discrecion dentro de la esfera de su encargo. Si las órdenes que ha recibido son especiales y taxativas, debe seguirlas extrictamente.

El agente comisionado para la compra de una finca, puede mejorar las condiciones del contrato en favor de la persona que representa; pero no puede empeorarlas. Así, que puede comprar por un precio inferior al que se le ordenara; pero, si compra más caro, no puede cobrar la diferencia á su principal (1).

Miéntras el mandatario obre extrictamente conforme á las órdenes que se le hayan comunicado, el mandante está obligado á ratificar lo que hiciera aquel dentro del límite de sus instrucciones, y á reembolsarle todos los gastos que haya hecho en el desempeño de su comision. Los derechos y obligaciones que nacian del contrato se hacian efectivas por la *actio mandati directa*, cuando se exigia al mandatario la rendicion de cuentas, y por la *actio contraria*, cuando se pedia una indemnizacion al mandante.

Cómo terminaba el mandato.—Todo mandato es revocable á voluntad; el mandatario puede no aceptarlo cuando el negocio está íntegro, y se acaba con la muerte de cualquiera de las partes; pero si el mandatario, ignorando la muerte de su principal, lleva á cabo algun acto *bona fide* dentro de sus facultades, los representantes del principal están obligados á reconocer lo que él ha hecho.

Derecho moderno.—En los tiempos modernos, la Legislacion relativa al mandato ó comision es de contínua aplicacion en el mundo comercial, y los derechos y obligaciones que origina este contrato son muy importantes. Pero en las transacciones mercantiles se remuneran generalmente los servicios de los agentes. Por este motivo, la responsabilidad en que incurren por falta de la debida diligencia en el desempeño de la comision que se les confia, se les exige con más rigor que en el caso de un mandato gratuito (2). Sin embargo, el Derecho inglés reconoce expresamente el principio de que un agente no remunerado que se encuentra en el mismo caso que el manda-

(1) I. 3, 27, 8.
(2) *Código civil*, art. 1992.

tario de Derecho Romano, es responsable de la falta de una diligencia regular adecuada al desempeño de la comision que ha tomado á su cargo, como lo prueba el pleito bien conocido entre Coggs y Bernard (1). El mandatario se comprometió sin remuneracion á llevar aguardiente de un punto á otro, y desempeñó su encargo con tanta negligencia, que uno de los barriles se desfondó. Alegó que no se habia comprometido á llevarlo respondiendo de la cosa, pero se le declaró responsable, teniendo en cuenta que esta obligacion estaba sobreentendida por lo que hace á la diligencia ordinaria (2).

---

(1) 2. Lord Raymond, 909.
(2) Jones, *On bailments*, p. 58.

CAPÍTULO V.

DE LA DONACION.

SUMARIO.=I. DERECHO ROMANO.—Naturaleza de la donacion.—Ley Cincia.—Donaciones registradas.—Revocabilidad por causa de ingratitud.—*Donatio mortis causa*.=II. DERECHO FRANCÉS.=III. DERECHO ESPAÑOL.

I.—DERECHO ROMANO.

Entre la *pacta legitima* ó convenciones especiales que podian producir una accion segun el nuevo Derecho Romano, estaba comprendida la donacion. Primitivamente se rodeó de muchas restricciones, que despues desaparecieron (1).

Naturaleza de la donacion.—La donacion tiene lugar cuando una persona, sólo por motivos desinteresados y sin obligaciones antecedentes, da algo á otra que lo acepta. Lo que se dona puede ser una propiedad mueble ó inmueble, ó cualquiera otra cosa que tenga un valor pecuniario; como, por ejemplo, el perdon de una deuda. Para constituir la donacion debe haber un *animus donandi* de parte del donante, y aceptacion ó voluntad de aceptar de parte del donatario. Pero en las simples donaciones que confieren un beneficio sin imponer un gravámen al donatario, la aceptacion generalmente se presume, aunque no conste formalmente. Segun el antiguo Derecho Romano, un *pactum donationis* no daba derecho al donatario para exigir en juicio su cumplimiento ó la entrega de la cosa. Si el convenio tenia la forma de una estipulacion, era obligatorio; pero si no, el donante no adquiria derecho alguno á la cosa hasta tanto que la propiedad se le trasmitiera mediante la entrega real ó efectiva.

---

(1) I. 2, 7.—D. 39, 5 y 6.—C. 7, 54, p. 162.

Despues del reinado de Antonino Pio, este rigor se suavizó cuando la donacion se hacia entre ascendientes y descendientes, pues cualquiera declaracion terminante de parte del donante bastaba para que surtiera efecto la donacion. Justiniano, yendo más allá, concedió al donatario accion para pedir la entrega cuando el donante habia manifestado su intencion de dar la cosa verbalmente ó por escrito, y aunque no se hubieran observado las formalidades de la estipulacion. El donante seguia siendo el propietario de la cosa hasta que efectuaba la entrega.

Ley Cincia.—La ley Cincia *de donis*, dada en el año 550 de la fundacion de Roma, prohibió toda donacion que excediera de cierto máximun, que no nos es conocido. Prescribió tambien la forma en que debian hacerse las donaciones mediante la mancipacion y la tradicion. Pero ciertas personas enlazadas por el vínculo de la sangre eran dispensadas de estas restricciones. Una de las cláusulas de la misma ley prohibió que los abogados recibiesen presentes por sus defensas, disposicion á que aluden á menudo los escritores Romanos. En tiempos posteriores las limitaciones impuestas por la ley Cincia desaparecieron por completo (1).

Hácia fines de la República no se permitia á los gobernadores de las provincias recibir dádivas de las personas que estaban bajo su jurisdiccion. Una ley relativa á este asunto contiene una excepcion respecto de los comestibles y bebidas necesarios para el consumo de pocos dias (2).

Donaciones registradas.—Con arreglo á un principio adoptado en algunas Constituciones imperiales desde Constantino, Justiniano ordenó que, pasando el valor de la donacion de 500 *solidi*, se extendiese una escritura formal en la que constaran los particulares de la donacion, la cual debia inscribirse en un registro público. Esta regla tenia algunas excepciones, como los donativos que se hacian al Emperador, el botin distribuido por los tribunos militares, las cantidades dadas para el rescate de cautivos y las donaciones *mortis causa*. Las donaciones que no se registraban en los términos dichos, no eran enteramente nulas, y sí tan sólo en la parte en que excedian de la suma prescrita (1).

(1) «Fragmenta Vaticana; de donationibus ad legem Cinciam,» § 266-316.—Huschke, Jurisprudentiæ Antejustinianæ quæ supersunt, p. 674 y sig.—Ortolan, *Institutes*, vol. II, p. 387.

(2) D. 1. 18, 18. Modestino.

Revocabilidad por causa de ingratitud.—Segun el Derecho Romano, las donaciones, aunque quedaban perfeccionadas por la entrega, eran revocables por la ingratitud del donatario; como, por ejemplo, si amenazara á la vida ó ejerciera alguna violencia sobre la persona del donante (2). Cuando éste no es el verdadero dueño de la cosa, puede quitarse ésta al donatario; pero en tal caso no hay accion alguna contra el donante, el cual sólo está obligado á no destruir la donacion con sus propios actos.

En cuanto á las donaciones entre marido y mujer, nos referimos á lo dicho en el tratado del matrimonio.

Donatio mortis causa.—Además de las donaciones *inter vivos*, que deben tener efecto durante la vida del donante, hay otra clase de donacion, llamada *donatio mortis causa*, la cual, segun el Derecho de Justiniano, adquirió cási por completo el carácter de un legado (3). Semejante donacion no se perfecciona hasta la muerte del donante, queda sin efecto si muere ántes el donatario, y puede revocarla el donante en cualquier tiempo, háyase verificado ó no la entrega. Por una Constitucion de Justiniano, una donacion *mortis causa*, declarada verbalmente ó por escrito, debe hacerse en presencia de cinco testigos, y no era necesaria la inscripcion en un registro público (4).

II.—Derecho francés.

Derecho francés.—El Derecho francés tiene algunas peculiaridades con respecto á donaciones, que merecen ser aquí notadas: 1.ª, toda donacion *inter vivos* debe hacerse constar por escritura otorgada ante notario, para que sirva como prueba del acto (5); 2.ª, una persona sin descendientes ó ascendientes

(1) Ortolan, *Institutes*, vol. II, p. 390.
(2) C. 7, 56, 10.
(3) I. 2, 7, 1.
(4) C. 8, 57, 4.
(5) *Código civil*, art. 931.

puede disponer de todos sus bienes por donaciones *inter vivos* ó legados; pero si tiene descendientes ó ascendientes, no puede disponer sino de una parte de su propiedad, que fija la ley, y que varía, segun las condiciones de la familia, de tres cuartas partes á una de su fortuna (1); 3.ª, los médicos, cirujanos y boticarios que asisten á la última enfermedad, aunque tienen derecho á sus honorarios, no pueden obtener dádivas ó legados hechos á su favor por el paciente durante el trascurso de su enfermedad (2).

III.—Derecho español.

La donacion *inter vivos* es irrevocable, salvo el caso de ingratitud, ó de que la hiciese de todos ó por parte de sus bienes uno que, no teniendo hijos, los hubiere legítimos despues de hecha la donacion. Cuando ésta pasa de cierta cantidad se exije la *insinuacion*, es decir, la presentacion al juez y la aprobacion de éste.

---

(1) *Código Civil*, art. 913 y sig.
(2) Ibid., art. 909 (*).

(*) Esta oportuna y previsora regla no existe en Inglaterra ni en Escocia. En estos países se determina en cada caso segun sus circunstancias particulares, dando lugar á procedimientos costosos sobre si ha habido *indebida influencia* ó no. Los tribunales franceses han procurado la rígida observancia de esta ley. El legado en favor del médico que asistió al testador en su última enfermedad, se ha declarado nulo hasta en el caso de ser pariente el médico. La nulidad del legado se declararia, aunque su efecto fuese el favorecer á un legatario universal y no á los parientes del testador. La presuncion de fraude es tan absoluta é inflexible, que no se admite prueba ninguna para demostrar que el testador gozaba de tal superioridad de espiritu que no podia ser víctima del dolo. De igual manera es enteramente improcedente alegar que el legado se hizo, no por los servicios prestados, sino por razon de amistad y de parentesco.—*Les Codes annotèes* de Sirey, artículo 909.

CAPÍTULO VI.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE LOS CUASI-CONTRATOS.

SUMARIO.=*Seccion primera: Negotiorum gestio.*—Definicion de la *negotiorum gestio.*—Obligaciones del gestor.—Obligaciones del principal.=*Seccion segunda: Indebiti solutio.*—Definicion de la *indebiti solutio.*—Condiciones de la restitucion.—Efectos del error de derecho.—Controversia entre los juristas.—Derecho francés moderno.—Derecho inglés y escocés.=*Seccion tercera: Lex Rhodia de jactu.*—Reglas para contribuir á las pérdidas.

Ciertos compromisos se contraen á consecuencia de las circunstancias y sin expreso convenio, ni de parte de la persona obligada, ni de la persona en cuyo favor se adquiere la obligacion.

Los cuasi-contratos se constituyen sin convencion, haciendo uno de los interesados algo que por su naturaleza le obliga para con el otro, ó al otro para con él.

Entre los cuasi-contratos, tomaremos como ejemplos la *negotiorum gestio*, la *indebiti solutio* y el *jactus mercium navis levandæ causa*, á pesar de que esta enumeracion no puede considerarse como completa.

Seccion primera.—Negotiorum gestio.

Definicion de la negotiorum gestio.—Cuando una persona tomaba espontáneamente á su cargo la gestion de los negocios de otra, durante su ausencia y sin mandato alguno, á esto se llamaba *negotiorum gestio.* En tal caso, las obligaciones recíprocas de las partes se parecen á las que nacen del contrato de mandato.

Obligaciones del gestor.—El *negotiorum gestor* está obligado á terminar cualquier acto que ha empezado lo mismo que si

tuviera un mandato formal, salvo que el principal le dispensara de ello. Aunque su responsabilidad puede variar segun las circunstancias, sin embargo, como su intervencion es espontánea, debe conducirse con gran diligencia; y, segun Justiniano, no basta demostrar que ha empleado el mismo cuidado que en sus propios asuntos, si otra persona más diligente pudiera haber desempeñado la misma comision con más provecho para el principal. El gestor debe dar cuenta rigurosa de su administracion (1).

Obligaciones del principal.—De otro lado el principal está obligado á indemnizar al *negotiorum gestor* por todos los adelantos y gastos que haya hecho por su cuenta, y aceptar los compromisos que haya contraido éste en el trascurso de su gestion.

Seccion segunda.—Indebiti solutio.

Definicion de la indebiti solutio.—Cuando por un error se paga lo que no se debe, se puede, dadas ciertas circunstancias, recobrarlo mediante una accion, que en Derecho Romano se llamaba *conditio indebiti.* Si se paga un legado dejado en un testamento que se cree auténtico, pero que, segun despues se descubre, es falso, la persona que ha recibido el dinero tiene que devolverlo.

Condicion de la restitucion.—Como la obligacion de devolver se funda solamente en la equidad, la accion no procede si la suma pagada se debia por equidad ó por una obligacion natural, pues en tal caso no repugna á la conciencia el retener el dinero. No puede pedirse tampoco la restitucion, si el que verificó el pago sabia al hacerlo que no habia tal deuda; pues cuando esto acontece, se presume que hay la intencion de hacer una donacion (2). Algunos escritores dicen tambien que es una excepcion de esta regla cuando el dinero se paga á consecuencia de una transaccion. Pero cuando una suma se paga en esta forma, «la misma transaccion crea la deuda, aunque anteriormente no existiera» (3).

---

(1) I. 3, 28, 1.
(2) D. 50, 17, 53.
(3) Ersk. Pr. 3, 3, 17.

Efectos del error de derecho.—Si el dinero pagado por error de derecho puede ó no recobrarse por la *condictio indebiti*, es cuestion que ha dado lugar á una larga controversia. Una Constitucion del Código niega, al parecer, el derecho á la restitucion cuando se ha pagado el dinero por un error de derecho. «*Quum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est* (1).»

Controversia entre los juristas.—Fundándose en esta Constitucion y en otros textos, varios ilustres jurisconsultos, y entre ellos Cujas, Donneau y Voet, sostienen que no hay accion para cobrar lo pagado por error de derecho (2). Otros autores, como Vinnio, Ulrico, Huber, D'Aguesseau, y Mühlenbruch, opinan que la restitucion puede obtenerse en todos los casos en que se paga por error, ya sea éste de hecho, ya de derecho. Arguyen que, fundándose la *condictio indebiti* en la equidad, sólo puede impedirse mediante una excepcion de equidad; que en todo el título del Digesto que trata de la *condictio indebiti* (3), aunque muy largo, nunca se limita la restitucion sólo al error de hecho, ni se niega en el caso de error de derecho, sino que constantemente se habla simplemente del error, ya se haya hecho el pago á consecuencia de una obligacion que no existia, ya á virtud de alguna reclamacion que no podia hacerse efectiva á causa de una excepcion perpétua; y que si hay algunos párrafos en el Código, en los que se niega la restitucion por error de derecho, se encuentran aquellos en rescriptos que sólo se aplicaban á los casos en que existia una obligacion natural, que podia servir de fundamento por equidad á la retencion de lo pagado (4).

En un notable ensayo que en forma de apéndice acompaña al tercer tomo de su sistema, Savigny ha expresado su opinion decidida de que el dinero pagado por error de derecho no puede recobrarse por la *condictio indebiti*, á ménos que se

---

(1) C. 1, 12, 10.
(2) Voet ad Pand., lib. 12, t. 6, § 7.—Pothier, *Traité de condict. indeb.*, part. 3, sec. 2, art. 3.
(3) D. 12, 6.
(4) Vinnius, *Com.* Lib. 3, t. 28. *Quest. Sel.*, lib. 1, c. 47.—Ulric. Huber, Inst., lib. 3, t. 28.—Entre otros textos, Mühlenbruch se funda en: D. 50, 17, 206 y D. 36, 4, 1.—Véase tambien: D. 22, 6, 8.

pueda probar que semejante ignorancia es disculpable y no resulta de una grande negligencia (1). Un menor de edad tenia derecho á la restitucion cuando le venia perjuicio de un error de derecho, si lo reclamaba dentro del *quadriennium utile*, pero no despues (2). En algunos casos excepcionales, se podia exigir la restitucion de lo que no se debia, áun cuando el pago se hubiese hecho con todo conocimiento, como sucedia, por ejemplo, con las deudas del juego y con las donaciones entre marido y mujer (3).

Derecho francés moderno.—Esta famosa controversia entre los juristas tocante á los efectos del error de derecho, era bien conocida de los autores del Código francés, los cuales sancionaron con su autoridad la doctrina de Vinnio y de sus adeptos al adoptarla como regla general. «Cuando una persona, creyéndose deudor, ha pagado por error una deuda, tiene derecho á la repeticion contra el acreedor. Este derecho, sin embargo, cesa si el acreedor, á consecuencia del pago, ha destruido los comprobantes de la deuda, salvo la accion que en tal caso compete á la persona que ha pagado contra el verdadero deudor» (4). Segun esta regla del Derecho francés, la restitucion puede pedirse sin distinguir si el pago se ha hecho por un error de hecho ó un error de derecho (5). El Código austriaco sigue la misma doctrina (6). El Código prusiano (7) permite la restitucion por error de hecho, pero no por error de derecho. (En España no aprovecha el error de derecho, porque, segun dice el Rey Sábio, «*todos los de nuestro señorío deben saber estas nuestras leyes;*» se exceptúan las mujeres, los militares y los labradores simples).

Derecho inglés y escocés.—En Inglaterra se ha fundado la ley en el mismo principio, segun resulta de la sentencia dictada por lord Canciller Brongham en el pleito entre Wilson y Sinclair. «Cuando una persona paga por equivocacion, no tiene derecho á la restitucion del dinero, á ménos que el

(1) Savigny, *System.*, t. III, ap. 8, s. 35.
(2) C. 2, 33, 2.
(3) Maynz, § 359.
(4) *Código civil*, art. 1377.
(5) Paillet, *Manuel de Droit Français*, 8.ª ed., p. 358.
(6) Savigny, t. III, ap., p. 444.
(7) Ibid.

error sea de hecho. En el caso del pago hecho por un error de derecho, tenian en un tiempo sus dudas los tribunales de Westminster; pero ahora se ha establecido que no tiene derecho á la restitucion.»

En Escocia prevalecia la opinion, y al parecer ha recibido confirmacion en vários casos, de que se podia pedir la restitucion áun cuando el pago se hubiera hecho por error de derecho. Pero esta doctrina ha sido desautorizada, ya que no rechazada por algunos de los pareceres emitidos en la Cámara de los Lores en casos recientes (1).

Seccion tercera.—Lex Rhodia de jactu.

Reglas para contribuir á las pérdidas.—A aquellos que experimentan la pérdida de mercancías que se tiran voluntariamente al mar en provecho de todos, se debe una recompensa *cuasi ex contractu*. Segun la *lex Rhodia de jactu*, que los Romanos y otras naciones comerciales adoptaron, los dueños del buque y de las mercancías salvadas tienen que contribuir para resarcir las pérdidas á aquellos cuya propiedad se ha sacrificado, de modo que todos los interesados tengan una debida parte en la pérdida (2). Para que proceda esta reclamacion es esencial: 1.°, que alguna parte del cargamento ó del buque, como los mástiles ó el aparejo, se hayan sacrificado voluntariamente para salvar todo el resto; y 2.°, que el sacrificio hecho haya sido bastante para salvar la propiedad en cuestion. Si á pesar de arrojar estas cosas al agua, el buque pereciera en el temporal, no se debe cantidad alguna. Cada uno de los interesados obligados á contribuir para resarcir la pérdida, es sólo responsable de su parte proporcional, y no por lo que deban los demás (3).

(1) Pleito entre Dickson y Halbert, 17 Febrero 1854. Tres jueces de la primera division del Tribunal de Sesion sostuvieron que aquellos pareceres emitidos en la Cámara de los Lores no negaban la procedencia de la restitucion por error de derecho en algunos casos.
(2) D. 14, 2.
(3) D. 14, 2, 2, 6.

CAPÍTULO VII.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN
EX DELICTO Y QUASI EX DELICTO.

SUMARIO.—Derechos que nacen de delitos.—Hurto y robo.—*Damnum et injuria. Quasi ex delicto.*—Daños causados por esclavos y animales.

Las obligaciones que nacen á consecuencia de un hecho ilícito, se dividen en obligaciones *ex delicto* y *quasi ex delicto.* Son delitos los hechos voluntariamente cometidos en violacion de la ley. Un cuasi-delito nace en ciertos casos cuando la ley considera á un hombre personalmente responsable por actos perjudiciales cometidos sin negligencia ó sin intencion de su parte (1).

Es una regla general de derecho, que todo acto ilícito que causa perjuicio á otro obliga al delincuente á la reparacion. Esta responsabilidad se extiende, no sólo á los daños que nacen de hechos positivos, sino tambien á aquellos producidos por negligencia ó imprudencia. Las personas constituidas en autoridad que permiten ú ordenan hechos ilegales, están obligadas á responder de los daños ocasionados. Los dueños tambien son responsables, cuando hay culpa por su parte, de los daños causados por los animales que les pertenecen. En Derecho criminal, cada cual debe sufrir la pena por su propio delito; pero en lo tocante á la responsabilidad civil, cuando várias personas han cometido una falta, son responsables *singuli in solidum* de todo el daño hecho, sin que tengan el beneficio de division (2).

Derechos que nacen de delitos.—De los derechos que na-

(1) Austin, *Jurisprudence*, t. III, p. 134.
(2) D. 4, 2, 14, 15.—C. 4, 8, 1.

cen de los delitos privados, se trata en las Instituciones de Justiniano bajo cuatro epígrafes: *furtum*, *rapina*, *damnum et injuria.*

Hurto.—El hurto, *furtum*, consiste en tomar y llevarse con intencion criminal la propiedad ajena para provecho propio. Para que haya hurto, el acto debe verificarse con el propósito de hurtar. Segun el Derecho civil, un hombre podia hurtar lo que era suyo, arrancándolo de la posesion legítima de otro, como si tomara, por ejemplo, la prenda que estaba en poder de un acreedor.

El hurto se divide en manifiesto y no manifiesto. Cuando el ladron ha sido sorprendido en el mismo acto, ó cerca del sitio, con la cosa hurtada en su poder, el hurto es *manifestum*, y, en tal caso, tiene que devolver al dueño el cuádruple del valor de la cosa robada. Cuando no se sorprendia al ladron de esta manera, el acto se llamaba *nec manifestum*, y la pena se limitaba al pago del doble del valor. Todas las antiguas distinciones del hurto, como *conceptum*, *oblatum*, *prohibitum* y *non exhibitum*, se anularon por la Legislacion de Justiniano.

La *rapina*, ó robo, es el apoderamiento de cosas muebles verificado con violencia en las personas. La pena es la restitucion del cuádruplo, en la que va incluida la misma cosa, si la accion se ejercita dentro del año; pero despues de transcurrido éste, no se puede reclamar más que la simple restitucion.

Damnum et injuria.—Damnum injuria datum es el perjuicio sufrido por la indebida destruccion de la propiedad, ó por el daño causado en ella. Refiérese esto á la pérdida de intereses, para cuya reparacion daba una accion la ley Aquilia. Contenia esta ley tres capítulos. El primero prevenia que si alguna persona matara indebidamente al esclavo ó animal de otro, el ofensor tendria que pagar el precio más alto á que se hubiera podido vender el esclavo ó animal durante el año anterior al hecho. El segundo capítulo de esta ley estaba en desuso en tiempo de Justiniano; pero puede verse una exposicion de su contenido en la Instituta de Gayo (1). El tercer capítulo comprendia todo género de daños causados en cual-

(1) Gai, 3, 215.

quiera clase de propiedad, animada ó inanimada, salvo los casos referentes á esclavos y ganados.

Segun la ley Aquilia, todo hombre era responsable por el daño causado por su culpa ó negligencia, así como tambien por el hecho fraudulentamente ó á sabiendas. Pero si el daño se habia causado en el ejercicio de un derecho, como cuando se mataba á un esclavo en defensa propia, ó á consecuencia de un accidente inevitable, no habia derecho á la reparacion.

Si alguno ejercia una profesion ú oficio sin la habilidad necesaria, era responsable de todos los daños que su falta de conocimientos produjera. Así, que un médico, segun la ley Aquilia, era responsable si causaba la muerte de un esclavo por hacer mal una operacion, ó por administrarle medicina torpemente.

Finalmente, entre los delitos se incluia lo que los Romanos llamaban *injuria*. Generalmente quiere decir: *omne quod non jure fit;* pero cuando se usa en un sentido específico, se refiere al daño hecho á la *persona* ó á la *reputacion*, como cuando se causa á uno lesiones ó se le injuria y calumnia.

Las injurias podian ser de hecho ó de palabra. El Derecho pretorio suavizó el rigor de las Doce Tablas, y autorizó á la persona injuriada para percibir una compensacion pecuniaria proporcionada á las circunstancias del caso. En una causa de injuria podia alegarse en descargo la verdad del dicho injurioso, á lo ménos en aquellos casos en que era de interés público el descubrimiento de la verdad (1). La persona injuriada podia reclamar contra el ofensor civil ó criminalmente. Podia demandarse, no sólo á la persona que hubiera inferido la injuria, sino tambien á la que la hubiera aconsejado. En todo caso era preciso probar que el acto se habia hecho maliciosamente, y si iba acompañado de algunas circunstancias agravantes, aumentaba en proporcion la indemnizacion de daños (2).

Quasi-delicto.—El *cuasi-delito* se ha definido: «un incidente mediante el cual se hace un daño á una persona, aunque sin

(1) D. 47, 10, 18, pr.—C. 9, 35, 5.
(2) I. 4, 4, 9.

intencion ni negligencia de parte del obligado, y por el cual debe éste reparacion á aquella» (1).

Si se echara algo desde el balcon de una casa á una calle pública, y al caer lastimara á alguien, el que habita en aquella estaba obligado por Derecho Romano al pago de daños, aunque se hubiera hecho sin su conocimiento por su familia ó sus criados, y áun por un extraño (2). Este caso da una idea de la responsabilidad que nacía del *quasi ex delicto*.

Daños causados por esclavos y animales.—De igual manera, cuando se causaba daño á alguna persona por un esclavo ó animal, el dueño podia en ciertos casos ser responsable por la pérdida, aunque el daño se hiciera sin su conocimiento y contra su voluntad; pero en tal caso, si no habia culpa alguna por parte del dueño, podia librarse de toda responsabilidad abandonando el esclavo ó animal á la persona perjudicada, lo cual se llamaba *noxæ dare* (3). Aunque estas acciones noxales no las incluye Justiniano entre las obligaciones *quasi ex delicto*, sin embargo, en principio deben comprenderse evidentemente en esta categoría (4).

Todos los animales *feræ naturæ*, como los leones, los tigres, los osos, etc., deben tenerse en lugar seguro para impedir que hagan daño; pero no se exige la misma vigilancia respecto de los animales *mansuetæ naturæ*, pues se presume que se pueden dejar sueltos sin peligro, á ménos que no se sepa que tienen malos resábios. En un caso que un perro (5) mató diez y ocho carneros pertenecientes á un labrador, la Cámara de los Lores, entendiendo en última apelacion en un pleito de Escocia, falló que el dueño de aquel no era responsable de la pérdida, en razon de no haber prueba de la que resultaran necesariamente la mala índole del perro ó falta del cuidado debido en guardarle, y se hizo notar entónces que, tanto segun el Derecho inglés, como el escocés, «la *culpa* ó negligencia del dueño es el fundamento en que podia apoyarse la accion entablada contra él.» Esta doctrina, sin embargo, se

(1) Austin, *Jurisprudence*, t. III, p. 134.
(2) I. 4, 51.
(3) I. 4, t. 8 y 9.
(4) Marezoll, § 150.
(5) *Forhound*, perro para la caza de zorras. (N. del T.)

modificó por el Estatuto 26 y 27 Vict., c. 100, que es aplicable á Escocia, el cual declara que «en cualquiera pleito contra el dueño de un perro por daños de esta naturaleza, no será preciso que el demandante pruebe que el perro tenia una propension á dañar los ganados.» El habitante de la casa ó lugar en que se guarece de ordinario ó al tiempo en que haga el daño, será responsable como dueño del perro, á ménos que pruebe que no era tal dueño cuando el animal hizo el daño, y que el perro estaba en su casa ó finca sin su conocimiento (1).

(1) Pleito entre Fleement y Orr, 1855, 2. Macq., pp. 14 y 23.

CAPÍTULO VIII.

TRASMISION DE LAS OBLIGACIONES.

SUMARIO.—Forma de la trasmision.—Efectos de la trasmision.—Constitucion de Anastasio.

Forma de la trasmision.—Segun la Legislacion Romana, el derecho y el deber que resultan de una obligacion pasaban respectivamente á los herederos del acreedor y del deudor, de conformidad con el principio de representacion; pero por una sutileza de la ley, el derecho del acreedor se consideraba como inherente á su persona; así, que no podia traspasarlo directamente á una tercera sin el prévio consentimiento del deudor. Así que, el acreedor que queria trasmitir las ventajas de una obligacion á otro, sólo lo podia efectuar dándole poder para ejercitar la accion correspondiente, y hacer suyo lo cobrado. A esto se llamaba *mandare* ó *cedere actionem*. El mandatario, despues de haber obtenido la ejecucion de la sentencia, disponia de lo recibido en beneficio propio, y se llamaba *procurator in rem suam*. De esta manera, los derechos que nacian de las obligaciones eran transferibles á una tercera persona en virtud de una venta, permuta donacion ú otro título. El que traspasaba el derecho á otro se llamaba *cedens*, y el que lo hacia suyo se llamaba *cessionarius* ó *procurator in rem suam*.

Efectos de la trasmision.—Los efectos de la trasmision son los que naturalmente nacen de un traspaso:

1.° La accion del cedente se traspasa al apoderado con todos los derechos y facultades accesorias que le corresponden.

2.° Contra el cesionario valen todas las excepciones que hubieran competido al deudor contra el cedente, y tambien

todas las excepciones personales utilizables contra el mismo cesionario ó apoderado, porque es *procurator in rem suam*.

3.° El cedente generalmente garantiza la existencia de la deuda traspasada, pero no la solvencia del deudor.

Constitucion de Anastasio.—Para impedir que los especuladores comprasen deudas con un gran descuento y sujetasen á los deudores á procedimientos vejatorios, el Emperador Anastasio decretó que el cesionario no podia exigir del deudor más de lo que él mismo habia pagado para adquirir la deuda, además de los intereses (1). Esta regla se adoptó y se confirmó por una Constitucion de Justiniano (2). La de Anastasio se aplicaba sólo á las cesiones que eran onerosas y no gratuitas; pero si se intentaba simular un traspaso que era oneroso en todo ó en parte, haciéndolo parecer como gratuito, el deudor podia utilizar el beneficio que le concedia la ley. Se limitaba este principio á las obligaciones para el pago de dinero ó entrega de cosas fungibles, es decir, de aquellas que consisten en cantidad y se determinan por número, peso ó medida, como el trigo, el dinero, el vino. Cuando el objeto de la obligacion es una cosa de una clase dada, se dice que es fungible, esto es, que entregando cualquiera cosa que corresponda al nombre genérico, quedará satisfecha la obligacion: *in genere suo functionem recipiunt*. Una cosa que ha de entregarse *in specie* no es fungible. Una cosa que se determina meramente por la clase á que pertenece, se llama *genus*, como una fanega de trigo, una libra de oro, etc. (3).

(1) C. 4, 35, 22. Anastasio.
(2) C. 4, 35, 23. Justiniano.
(3) Mackeldey, § 369 á 374.—Maynz, § 272 á 274.—Segun el Derecho Romano, se consideraban fungibles las cosas *quæ pondere, numero et mensura constant*, y aunque el término es desconocido en Inglaterra, tiene el mismo sentido en Francia y en Escocia.

CAPÍTULO IX.

EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES.

SUMARIO.—*Seccion primera: Paga ó prestacion.*—El pago puede ser hecho por cualquiera.—Pagos sin determinacion de la deuda á que se han de aplicar.—Cumplimiento imposible.—*Seccion segunda: Compensacion.*—Naturaleza de la compensacion.—Requisitos generales.—Cuándo no procede.—*Seccion tercera: Novacion.*—Naturaleza de la novacion.—La novacion no se presume.—*Seccion cuarta: Confusion.*—Definicion de la confusion.—*Seccion quinta: Aceptilacion y condonacion.*—Naturaleza de la aceptilacion.—*Pactum de non petendo.*—Condonacion.

Las obligaciones se extinguen mediante la ejecucion real y efectiva del convenio, como el pago ó el cumplimiento de lo pactado; por la ejecucion virtual ó indirecta, como la compensacion, la renovacion y la confusion; por la aceptilacion ó la condonacion, y por la prescripcion producida por el trascurso del tiempo, de que ya hemos tratado en otra parte.

Seccion primera.—Paga ó prestacion.

Este es el modo más ordinario de extinguir una obligacion. El término *solutio* expresa la completa ejecucion de una obligacion, sea su naturaleza la que fuera (1). El acreedor no está obligado á aceptar el pago por partes, ni de otro modo que el acordado en cuanto á tiempo y lugar.

El pago puede ser hecho por cualquiera.—No importa que haga el pago el mismo deudor ú otro en su lugar, pues aquel se libra de su deuda cuando otro la ha pagado con ó sin su conocimiento y áun contra su voluntad (2). Pero esta doctrina

(1) D. 50, 16, 176.
(2) I. 3, 30, pr.

no se aplica tan absolutamente á las obligaciones *ad factum præstandum*. En algunas de esta clase, que se hacen tomando en cuenta la pericia y el talento del deudor, el acreedor tiene interés en exigir que el contrato se cumpla por la misma persona, y puede oponerse á que otro lo haga en su lugar (1). Para que sea eficaz, el pago debe hacerse al verdadero acreedor ó á quien esté debidamente autorizado por él para recibirlo.

Pagos sin determinacion de la deuda á que se han de aplicar.—Cuando se deben várias deudas, el deudor, al hacer un pago, puede aplicarlo á la que él prefiera. Si no se hacia ninguna aplicacion por el deudor, el acreedor, segun el Derecho Romano, estaba obligado á aplicarlo como lo hubiera hecho el mismo deudor, y, por consiguiente, á la deuda para él más gravosa (2). Una regla diferente se sigue en Inglaterra y Escocia, pues el acreedor tiene derecho á aplicar el pago indeterminado de la manera que sea á él mismo más favorable; como, por ejemplo, á la deuda ménos segura, á ménos que no hubiera alguna otra que, si se dejara sin pagar, expondria al deudor á la pérdida de todos sus bienes. Si se debe á la vez capital é intereses, el pago debe aplicarse primero á los intereses, y si hubiera sobrante, se aplica éste al capital (3).

Cumplimiento imposible.—Cuando el cumplimiento se ha hecho imposible, sin culpa alguna del deudor, como, por ejemplo, si el compromiso se refiere á un objeto específico que ha perecido de resultas de un accidente inevitable, la obligacion se extingue. Pero si la imposibilidad de cumplir el convenio procede de alguna culpa del deudor, tiene que responder de los daños causados al acreedor.

Cuando el deudor no pagaba, los acreedores, despues de obtener una sentencia, podian pedir su ejecucion, procediendo contra la persona y bienes de aquel de la manera que explicaremos más adelante.

---

(1) D. 46, 3, 31.—*Código Napoleon*, art. 1237.
(2) D. 46, 3, 1.
(3) Roscoe, *Digest of the Law of Evidence*, p. 470.—Ersk, 3, 4, 2.
(4) C. 8, 43, 1.—*Código Napoleon*, art. 1253 á 1256.

Seccion II.—Compensacion.

Naturaleza de la compensacion.—La compensacion es la extincion recíproca de deudas entre dos personas, cada una de las cuales debe á la otra: *compensatio est debiti et crediti inter se contributio* (1). Si las deudas que deben compensarse son desiguales, la obligacion menor se extingue, y tambien la mayor hasta donde coincide con la otra.

Requisitos generales.—Los requisitos generales de la compensacion son los siguientes: 1.° Las dos deudas, cualquiera que sea su naturaleza, deben ser exigibles, de manera que no se puede pedir la compensacion mediante una deuda ya prescrita (2). Segun el Derecho Romano, sin embargo, una deuda procedente de una obligacion natural podia alegarse como excepcion contra otra originada de una obligacion civil (3). 2.° Las deudas deben ser de la misma naturaleza; así que la obligacion de entregar granos ó mercancías no puede compensarse con una obligacion pecuniaria. 3.° Ambas deben haber vencido y ser pagaderas, y, por tanto, no es posible la compensacion entre una deuda exigible de presente y otra que lo es de futuro ó de carácter contingente. 4.° La compensacion no se admite á ménos que la deuda en cuestion sea líquida, lo cual tiene lugar cuando se sabe positivamente que es debida. Así, que una deuda puesta en litigio no es líquida; pero si puede declararse su existencia sumariamente y sin largos debates, puede proceder la compensacion segun la regla: *quod statim liquidari potest pro jam liquido habetur* (4).

La regla de que uno puede pedir compensacion sólo mediante una deuda debida á él mismo, tiene sus limitaciones. Un heredero puede utilizar á este fin una deuda debida á su causahabiente, como si fuese suya propia. De igual manera, un fiador puede, contestando á la demanda de un acreedor, pedir la compensacion con la deuda debida por el último al

---

(1) D. 16, 2, 1. Modestino.
(2) D. 16, 2, 14. «Quæcumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.»
(3) D. 16, 2, 6. «Etiam quod natura debetur venit in compensationem.»
(4) Maynz, § 372.—Pothier, *Traité des obligations*, part. 3, c. 4.

deudor principal; pero éste no puede utilizar á este efecto la deuda debida por el acreedor al fiador (1).

Cuándo no procede.—Hay ciertas deudas entre las cuales no se puede alegar la compensacion; así, nunca procede contra quien pide la restitucion de una cosa de que ha sido despojado injustamente, segun la conocida regla *spoliatus ante omnia restituendus.* De igual manera, el depositario no puede compensar con una deuda estraña al contrato la reclamacion de la restitucion de un depósito.

Para que tenga efecto la compensacion, el deudor debe alegarla al contestar á la demanda del acreedor. Cuando se admite la escepcion, se retrotraen sus efectos, y dejan de correr los intereses de ámbos lados desde la fecha de la coexistencia de las dos deudas (2).

Seccion III.—Novacion.

Naturaleza de la novacion.—La novacion se verifica de dos maneras: 1.ª, cuando el deudor contrae una nueva obligacion respecto al acreedor en lugar de la antigua que se extingue; y 2.ª, cuando un nuevo deudor sustituye al antiguo, que es liberado por el acreedor. Este último modo de extincion se llama delegacion, y el nuevo deudor se llamaba en Derecho Romano *expromissor* (3).

La novacion no se presume.—La novacion no se presume; así que la nueva obligacion se considera ó entiende que meramente corrobora la antigua, á ménos que no se exprese claramente la intencion contraria de las partes (4). Si el mismo deudor contrae una nueva obligacion en favor del mismo acreedor, sin la intervencion de otra persona, no hay novacion, salvo el caso de que la nueva obligacion difiera en algunos puntos de la antigua. Cuando la obligacion principal se extingue mediante la novacion, los fiadores quedan libres. En la delegacion, la responsabilidad no continúa respecto del antiguo deudor, si sobreviniera la insolvencia del nuevo, á ménos que

(1) D. 16, 2, 5.
(2) Maynz, § 377.
(3) I. 3, 30, 3.
(4) Ibid.

aquel no haya garantido especialmente la obligacion de éste (1).

Seccion IV.—Confusion.

Definicion de la confusion.—Las obligaciones se extinguen por la confusion, cuando la misma persona llega á ser á la vez acreedor y deudor, ya sea por sucesion, ya por un título particular; como, por ejemplo, cuando el deudor sucede al acreedor, ó éste á aquel, ó un extraño á ámbos, pues nadie puede ser deudor de sí mismo.

Cuando la confusion tiene efecto, haciéndose acreedor el deudor principal, queda libre el fiador. Pero cuando el derecho lo adquiere el fiador, claro es que esto no produce la extincion de la obligacion principal (2).

Seccion V.—Aceptilacion y condonacion.

Naturaleza de la aceptilacion.—Cuando el acreedor daba por ejecutada la obligacion sin que el deudor la hubiera pagado ó dado cumplimiento, se llamaba en Derecho Romano aceptilacion: *est autem acceptilatio imaginaria solutio.*

La *acceptilatio* era una solemne declaracion que el acreedor hacia en forma de estipulacion y contestando á una pregunta que le hacia el deudor, en la cual daba por satisfecha la obligacion. Esta forma de liberacion era rigurosamente aplicable sólo á aquellas liberaciones que se constituian por estipulacion. Pero se acudió á un recurso ingenioso, llamado *Aquiliana stipulatio*, mediante el cual una obligacion contraida de otra manera podia fácilmente por la novacion convertirse en una *ex stipulatione*, para que luégo fuera posible su extincion por la aceptilacion (3).

Pactum de non petendo.—El *pactum de non petendo* era más ámplio que la aceptilacion, en cuanto se aplicaba á toda clase de obligaciones, cualquiera que fuera la forma de su constitucion. Sin embargo, este modo de extincion no produ-

(1) D. 46, 2.—C. 8, 42.
(2) D. 46, 3.
(3) I. 3, 30, 1 y 2.

cia efectos *ipso jure*, sino *ope exceptionis;* pues el acreedor declaraba, no que consideraba la deuda como satisfecha, sino que no exigiria su pago (1). En los tiempos modernos no se usa la forma romana de la aceptilacion; sino que todas las deudas y obligaciones, cualquiera que sea el modo en que se han contraido, pueden cancelarse ó liberarse mediante un simple convenio entre el acreedor y el deudor.

Condonacion.—Como ciertos contratos se constituyen sólo por el consentimiento, de igual modo pueden extinguirse por acuerdo de las partes. *Obligationes quæ consensu contrahuntur contraria voluntate dissolvuntur* (2). Pero en las transacciones ordinarias de la vida, las cartas de pago se dan principalmente á consecuencia y en reconocimiento del cumplimiento de parte del deudor. En algunos casos, el mero trascurso del tiempo es suficiente para extinguir la obligacion, y en otros para entorpecer el ejercicio de la accion, como hemos expuesto en el capítulo sobre la prescripcion.

(1) D. 2, 14.
(2) I. 3, 30, 4.

PARTE CUARTA

DEL DERECHO DE SUCESION

CAPÍTULO PRIMERO.

DE LA SUCESION EN GENERAL.

SUMARIO.—Sucesion testamentaria y legítima.—*Hereditas.*—*Bonorum possesio.* Clases de herederos.—Beneficio de deliberacion.—Beneficio de inventario.

Sucesion testamentaria y legítima.—Dos clases de sucesion reconoce el Derecho Romano: la testamentaria y la legítima. Cuando una persona nombra en su testamento herederos para sucederle en sus bienes al tiempo de su fallecimiento, son preferidos en consideracion á la especial designacion hecha por el propietario, y ésta se llama sucesion testamentaria. Si el difunto ha muerto intestado, sus bienes pasan á sus parientes, segun cierto órden prescrito por la ley, partiendo de la presuncion de que el difunto los habria nombrado si hubiera hecho una designacion; y ésta se llama sucesion legítima ó *ab intestato.*

Hereditas.—Cuando un Romano fallecia, el heredero ó los herederos sucedian en toda su propiedad, como una sucesion universal, y á esto se llamaba *hereditas* (1). La institucion de

(1) D. 50, 16, 24.

heredero en un testamento era una formalidad de que no podia prescindirse.

El testador podia nombrar uno ó várìos herederos y dividir su propiedad en tantas partes cuantas quisiere. La herencia en su totalidad se llamaba *as*, y se dividia comunmente en doce partes, llamadas *unciæ*. Por esto el *heres ex asse* es heredero de todo el caudal; el *heres ex semisse* de la mitad, etc.

Bonorum possessio.—Segun el Derecho pretorio, várias personas que no tenian el carácter de herederos segun el rigor del antiguo Derecho civil, eran llamadas á la sucesion mediante la llamada *bonorum possessio*. Aunque no era propiamente heredero, el *bonorum possessor* se conceptuaba como tal en todo aquello en que la ley le concedia los derechos y le imponia los deberes de heredero (1).

Cuando los pretores llamaban á la sucesion por sus edictos á las personas excluidas por el Derecho civil, aquellos magistrados ejercian virtualmente el poder legislativo. La *bonorum possessio* se daba *contra tabulas*, *secundum tabulas*, y en muchos casos por edictos particulares dictados para la distribucion de las herencias. Hasta el heredero legítimo encontraba á veces beneficio en adquirir la sucesion en calidad de *bonorum possessor*, á pesar de tener la facultad de hacerlo con el carácter de heredero.

Clases de herederos.—Habia tres clases de herederos: necesarios, suyos y necesarios, y extraños (2).

Cuando un señor instituia heredero á su esclavo, á la muerte del testador se hacia éste libre, y se le compelia á aceptar la herencia; por esto se le llamaba heredero *necesario*. Debemos hacer notar aquí, que cuando los acreedores vendian la propiedad de una persona insolvente á su fallecimiento para pagar sus deudas, su memoria quedaba infamada. Para evitar este borron, era frecuente que aquel que dudaba de su solvencia instituyera á su esclavo por heredero, y en el caso de no dejar lo suficiente para el pago de sus deudas, la herencia se vendia y el producto se repartia entre los acreedores, como si fuera propiedad del heredero (3).

---

(1) I. 3, 10, pr.—D. 37, 1.
(2) I. 2, 19, pr.
(3) I. 2, 19, 1.

Son herederos *suyos y necesarios* los hijos varones y hembras, ú otros descendientes en línea recta que estuviesen bajo la pátria potestad del que moria al tiempo de su fallecimiento. Pero los nietos no son herederos suyos, á ménos que ocupen el puesto de su padre á causa de la muerte de éste ó de su emancipacion durante la vida del abuelo. Segun el antiguo Derecho civil, se compelia á estos herederos á aceptar la herencia con todas sus cargas y beneficios, cualesquiera que fueran los compromisos y deudas del antepasado; pero como esto era frecuentemente muy gravoso, el pretor autorizó á los hijos y nietos para que rechazasen la herencia, á fin de evitar las pérdidas que esperimentarian cuando excedian las deudas del valor de los bienes. El *Edicto perpétuo* confirmó este derecho (1).

Los herederos *extraños*, es decir, las personas que no estaban bajo la potestad del testador al tiempo de su fallecimiento, podian aceptar ó rechazar libremente la herencia; pero, una vez aceptada, no podia ya rechazarse (2).

Beneficio de deliberacion. — *Beneficio de inventario.*— Todo el que tenia derecho á la sucesion por testamento ó por ser heredero legítimo, se declaraba heredero tan pronto como manifestara su aceptacion ó interviniera en la herencia en calidad de heredero. Segun el Derecho pretorio, se concedia al heredero cierto plazo para deliberar si aceptaria la representacion del difunto, y Justiniano determinó que este plazo no debia exceder de nueve meses, si lo concedia un magistrado, y de un año, si lo concedia el Emperador. Justiniano concedió un privilegio más importante aún á los herederos al introducir el beneficio de inventario. Un heredero que aceptara bajo beneficio de inventario, quedaba exento de toda responsabilidad por las deudas cuando éstas excedian del valor de la herencia (3).

---

(1) I. 2, 19, 2.
(2) I. 1, 19, 3.
(3) I. 2, 19, 5.

CAPÍTULO II.

DE LA SUCESION TESTAMENTARIA.

SUMARIO.=I. DERECHO ROMANO.—Definicion del testamento.—Personas capaces de hacer testamento.—*Seccion primera: Formas del testamento en Roma.*—Formas antiguas.—Testamento escrito.—Testamentos *nuncupativos.*—Testamentos privilegiados.—*Seccion segunda: Contenido del testamento.*—Derecho de desheredacion.—Institucion de heredero.—Derecho de acrecer de los herederos.—Sustituciones.=II. DERECHO FRANCÉS.—Formas del testamento en Francia.=III. DERECHO INGLÉS Y ESCOCÉS.—*Seccion primera: Estatuto sobre testamentos en Inglaterra.*—Por testamento se dispone de los bienes reales y personales.—Formalidades del testamento.—No pueden testar los menores.—*Seccion segunda: Testamentos escritos en Escocia.*—En Escocia se dispone por testamento sólo de los bienes *personales.*—*Seccion tercera: Estatutos recientes sobre los testamentos otorgados por súbditos británicos.*—Estatuto de testamentos.—Efectos de las testamentos hechos en el extranjero.—Testamentos hechos dentro del Reino-Unido.—El cambio de domicilio no afecta á la validez del testamento.—Estatuto sobre domicilio.—Súbditos británicos que fallecen en el extranjero.—Extranjeros que fallecen en Inglaterra.=IV. DERECHO ESPAÑOL.—Derecho comun.—Derecho foral.

I.—DERECHO ROMANO.

Los testamentos son muy antiguos, y la historia Romana los menciona con anterioridad á la Legislacion decemviral. Las Doce Tablas reconocen la facultad de disponer de la propiedad por testamento en estas palabras: *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (1).

Definicion del testamento.—El testamento es una declaracion de la última voluntad del testador, hecha con arreglo á las formalidades prescritas por la ley, que contiene el nombramiento de un heredero ó de un albacea (2). Segun Justiniano, *testamentum est voluntatis nostræ justa sentencia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* (3).

---

(1) Ulp. 11, 14.
(2) El cargo de albacea tiene en el Derecho inglés y en el escocés una importancia desconocida en otras Legislaciones. (N. del T.)
(3) D. 28, 1, 1, pr.

Segun el Derecho Romano, lo esencial de un testamento, y que lo distinguia del codicilo, era la institucion de heredero (1). No se podia disponer de la herencia en un codicilo. En un principio, aunque se podian dejar los *fidei-commissa* por codicilo, no se podria hacer lo mismo con los legados, á ménos que se confirmara aquel por testamento. Pero segun la modificacion hecha por Justiniano, un testador podia dejar legados ó *fidei-commissa* por codicilo (con asistencia de cinco testigos), ya hubiera hecho un testamento ó no. No era raro el añadir á éste lo que se llamaba una cláusula codicilar, declarando que, si por alguna causa el testamento no fuera válido, se tuviera por codicilo, instrumento que exigia ménos requisitos.

Personas capaces de hacer testamento.—Entre los Romanos la facultad de hacer testamento sólo correspondia á los ciudadanos ya púberos, que eran *sui juris;* regla que excluia á un gran número de personas. Los hijos que estaban bajo la pátria potestad no podian hacer testamento, puesto que no tenian bienes propios; pero si el hijo era militar ó funcionario público, podia disponer de su *peculium* por testamento. Los varones mayores de catorce años y las hembras mayores de doce, cuando no estaban bajo la pátria potestad ó no tenian alguna otra incapacidad, podian otorgar testamento sin la autorizacion de sus curadores. Los pupilos, los dementes, los prisioneros de guerra durante su cautiverio, los criminales condenados á muerte ó á otras penas de las que llevaban consigo la confiscacion, y otras várias personas, no tenian capacidad para hacer testamento. Entre los Romanos una mujer casada tenia la misma capacidad de hacer testamento que una soltera. En Inglaterra, una mujer casada no puede disponer por testamento de los bienes raíces, y por regla general, para disponer en esta forma de los bienes *personales* (2), necesita el permiso de su marido.

---

(1) D. 28, 5, 1, 3. «Quinque verbis potest (quis) facere testamentum, ut dicat, *Lucius Titius mihi heres esto.*»
(2) *Chattels*, bienes muebles y determinados derechos sobre los inmuebles. Por esto la division de los bienes en *reales* y *personales*, que hacen el Derecho inglés y el escocés, no equivale, como suele creerse, á la de bienes *inmuebles* y *muebles.* (N. del T.)

Seccion I.—Formas del testamento en Roma.

Formas antiguas.— Antiguamente habia tres modos de hacer testamento entre los Romanos:

1.° En los tiempos primitivos los testamentos se hacian ante la asamblea general del pueblo, llamada *comitia calata*, que se reunia dos veces al año con este fin.

2.° Cuando el ejército iba á salir para entrar en campaña, los soldados podian hacer su testamento en presencia de los compañeros de armas. Este se llamaba testamento *in procintu*.

3.° El testamento *per æs et libram* era una venta imaginaria de la herencia, hecha por el testador al sucesor que se designaba, en presencia del *libripens* y de cinco testigos (1). Este antiguo modo de trasmision testamentaria lo ha descrito Gayo (2, 104).

Testamento escrito. — Con el trascurso del tiempo estas antiguas formas fueron reemplazadas por el testamento escrito con intervencion de testigos, que despues de haber sido reconocido por los Edictos de los Pretores, fué regulado por las Constituciones de los Emperadores. Estos testamentos debian estar firmados por el testador ó por alguna persona en su lugar en presencia de siete testigos llamados á este fin, que daban testimonio con sus firmas y sellos. Si todo el testamento estaba escrito de puño del testador, no era necesaria su firma al pié del mismo. Justiniano exigió que el nombre del heredero lo escribiera con su mano el testador, ó que lo hiciese uno de los testigos; pero despues se prescindió de este requisito (2).

Era necesario que los testigos de los testamentos fueran ciudadanos Romanos y varones mayores de catorce años. Las mujeres, las personas que estaban bajo la potestad del testador, el heredero y su familia eran incapaces de ser testigos; pero esta incapacidad no alcanzaba á los legatarios (3).

El testamento podia escribirse en una tabla de cera ó en

(1) 2, 1, 2, 19, 1.
(2) I. 2, 10, 3 y 4.—C. 6, 23, 29.—N. 119, cap. 9.
(3) I. 2, 10, 6-11.

cualquiera sustancia en que se pudieran estampar caractéres legibles (1).

Testamentos nuncupativos.—Los testamentos nuncupativos podian hacerse mediante una mera declaracion verbal en presencia de siete testigos. Los testamentos de esta clase son sin duda los más antiguos, y la libertad que tenian los Romanos para hacer testamentos no escritos sirve para explicar las formalidades molestas prescritas por el Derecho civil respecto del número y condiciones de los testigos (2). Dos testigos son bastantes para un testamento en Inglaterra. El verbal es ineficaz á ménos que el testador no sea militar en activo servicio ó marino embarcado. En Escocia la escritura es esencial para el nombramiento de un albacea (3); pero un legado hecho de palabra, si es probado con testigos, es válido en lo que exceda de la suma de ochocientos cuarenta reales (4).

Testamentos privilegiados.—Entre los Romanos, los testamentos podian otorgarse sin las formalidades acostumbradas en ciertos y determinados casos.

1.° Cuando los militares estaban en campaña, tenian la facultad de hacer testamentos sin las formalidades ordinarias, no exigiéndose más que prueba suficiente de su intencion de disponer de sus bienes para despues de la muerte. Los militares sólo disfrutaban de este privilegio durante el servicio activo en campaña, y los testamentos hechos de esta manera perdian su validez al año de haber dejado el otorgante las filas (5).

2.° Miéntras duraba una peste ó enfermedad contagiosa, se dispensaba del requisito de la presencia de los siete testigos al mismo tiempo y lugar, bastando que cada uno sucesivamente fuera firmando de su puño y letra y poniendo su sello en el testamento (6).

3.° En los distritos rurales, cuando no se podian reunir los siete testigos necesarios, se podia reducir su número á cinco,

(1) I. 2, 10, 12.
(2) I. 2, 10, 14.
(3) Cargo que, segun hemos dicho, tiene allí muy otra trascendencia que en España. (N. del T.)
(4) Ocho libras esterlinas, seis chelines y ocho peniques.
(5) I. 2, 11, pr. y 3.
(6) C. 6, 23, 8.

y un solo testigo podia firmar por los demás que no podian escribir (1).

4.° Si un padre otorgaba un testamento para distribuir su propiedad entre los hijos ú otros descendientes, los testigos no eran necesarios si el testador escribia por sí mismo el testamento, ó ponia de su propia letra la fecha en que lo hacia, con los nombres de los hijos y la porcion de cada uno (2). Pero el legado dejado á un estraño en semejante testamento era ineficaz.

Entre los Romanos, el testamento se abria en presencia de los testigos que le hubieran firmado, ó de la mayor parte de ellos, y despues de que habian reconocido sus sellos, se leia y se sacaba copia de él, á seguida de lo cual el original se depositaba en los archivos públicos, pudiéndose sacar otra copia del mismo, si fuera necesario.

Seccion segunda.—Contenido del testamento.

Derecho de desheredacion.—Segun el derecho antiguo, si el padre de familia queria privar á sus hijos de la sucesion, tenia que declarar su intencion desheredándolos expresamente en su testamento. Primitivamente los hijos varones que estaban bajo la *patria potestas* eran desheredados, expresando el nombre de cada uno para impedir todo error; pero las hijas y los nietos podian serlo empleando términos generales. Una Constitucion de Justiniano abolió estas distinciones, declarando que todos los hijos emancipados ó no, y todos los demás descendientes por línea de varon, con derecho por la ley á la sucesion inmediata del testador, debian instituirse herederos ó desheredarse designando á cada uno por su nombre. En cuanto á los adoptados por un ascendiente, como entraban en la familia de éste, tenia que instituirlos herederos ó que desheredarlos; pero los hijos adoptivos de un extraño conservaban todos los derechos que tenian por ley respecto de su padre natural, y sólo lo tenian á la sucesion del extraño que les habia adoptado cuando éste fallecia intestado.

Si una persona *sui juris* moria sin descendientes, tenia que

(1) C. 6, 23, 31.
(2) N. 117, c. 1.

instituir en su testamento á sus ascendientes como herederos, ó desheredarlos, sin hacer distinciones entre la línea paterna y la materna.

La necesidad de desheredar no era al principio más que una simple fórmula para procurar que los hijos no fueron olvidados por sus ascendientes por la línea paterna; y el jefe de la familia podia por puro capricho y sin motivo suficiente excluir á todos sus descendientes de la sucesion. Mas, ántes del siglo de Ciceron, la ley sólo permitia la desheredacion por motivos graves, no existiendo los cuales se podia anular el testamento mediante la llamada *querela inofficiosi testamenti*. Durante mucho tiempo se abandonó al criterio de los magistrados el decidir lo que podia considerarse motivo bastante para excluir á los herederos legítimos. Pero para quitar toda incertidumbre, Justiniano estableció los únicos motivos de exclusion que podian admitirse; como, por ejemplo, el haber atentado á la vida del difunto, haberle maltratado ó injuriado gravemente, y otros actos bochornosos ó inmorales, y exigió que se expresara uno ó más de estos motivos en el testamento (1). Si se negaba la verdad del acto atribuido á la persona desheredada, la prueba tocaba al heredero instituido en el testamento.

Institucion de heredero.-Segun la regla extricta del Derecho Romano, ningun testamento era eficaz si no se nombraban una ó más personas como herederos en representacion del finado.

El testador podia nombrar uno ó más. A excepcion del militar, nadie podia morir en parte testado y en parte intestado; y si un testador nombraba á uno heredero de una parte de su propiedad, sin nombrar otro para lo demás, el nombrado tenia derecho á toda la herencia. Cuando se instituian vários herederos, la propiedad se dividia entre ellos en la proporcion que determinaba el testador, y si no la habia fijado, todos participaban por igual de la herencia. Si se expresaba en el testamento las porciones correspondientes á algunos de los herederos, y nada se decia de las de los otros, tenian éstos derecho á toda aquella parte de la herencia de que no ha dispuesto el testador.

(1) N. 115, cap. 3 y 4.

Derecho de acrecer de los herederos.—Los coherederos de una sucesion testamentaria tienen derecho de acrecer; de suerte que si uno de ellos no puede ó no quiere recibir su parte, pasa á los demás en proporcion de la parte de herencia que á cada uno corresponde, con exclusion de los herederos legítimos que no habian sido llamados por el testador. Así, cuando se nombran dos herederos testamentarios que no son herederos por razon de parentesco, si uno de ellos no acepta su parte, ó no puede aceptarla por haber muerto ántes del testador, ó por haberse hecho incapaz, entónces el otro heredero, instituido sólo para una parte de la herencia, se hace heredero de toda ella.

El heredero puede ser nombrado simplemente ó bajo condicion. Se le pueden imponer várias obligaciones, como la de pagar legados, la de emancipar esclavos, la de construir un monumento ó edificio público, etc. Todas las condiciones que son imposibles ó contrarias al Derecho ó á la moralidad, se consideran como si nunca se hubiesen escrito, pero sin afectar por esto á la validez del testamento en los demás particulares.

Sustituciones.—Justiniano trata de tres clases de sustitucion en la Instituta: la vulgar, la pupilar y la cuasi-pupilar. Un testador podia nombrar á cierto heredero, y para el caso de morir éste, ó de negarse á aceptar, designar otro como sustituto para suceder en todo ó en parte de la herencia. A esto se llamaba sustitucion comun ó vulgar; era verdaderamente una institucion subordinada y condicional, que debia tener efecto sólo en el caso de no tener efecto la primera.

Modestino pone este ejemplo de ella: *Lucius Titius, heres, esto; si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Seius heres mihi esto* (1).

Cuando una persona tenia un pupilo bajo su potestad, tenia la facultad, no sólo de nombrarle su heredero y sustituirle con otro en la forma que hemos expuesto, sino tambien para declarar que, si el pupilo llegaba á ser heredero y moria ántes de la pubertad, entónces fuera otro su heredero, lo cual venia á ser virtualmente hacer testamento por el pupilo. Pero esta

(1) D. 28, 6, 1, 1.—I. 2, 15.

sustitucion pupilar de los hijos era sólo eficaz cuando el padre hacia su propio testamento de una manera válida. Si el pupilo sucedia como heredero, alcanzando despues la edad de la pubertad, se extinguia la sustitucion pupilar (1).

Segun una Constitucion de Justiniano, un hombre que tuviera hijos ú otros descendientes en estado de demencia, tenia la facultad de nombrarles sustituto á la manera de la sustitucion pupilar, áun cuando hubiesen alcanzado la edad de la pubertad. Pero esta especie de sustitucion era ineficaz, si dichos herederos recobrasen la razon, pudiendo, por tanto, hacer su propio testamento (2).

II.—Derecho francés.

Formas de los testamentos en Francia.—Segun el Derecho francés, un testamento es eficaz si es ológrafo, es decir, enteramente escrito, fechado y firmado de mano del testador, sin otras formalidades. Puede tambien ejecutarse *par acte public*, con la asistencia de dos notarios, en presencia de dos testigos, ó con un notario y cuatro testigos; debe estar firmado por el testador, si puede escribir; y si no puede, debe constar mediante una declaracion. Hay una tercera forma, que se llama *mystique* ó secreta. Este testamento se hace y se firma por el testador, ya sea él quien lo escriba ú otro; luégo se sella y se presenta á un notario ante seis testigos, y el testador declara que el pliego sellado contiene su testamento, y entónces se extiende una diligencia al efecto en el sobre, que firman el testador, el notario y los testigos (3).

Un francés puede otorgar en país extranjero el testamento ológrafo prescrito en el artículo 970 del Código civil, ó por escrito con arreglo á las formalidades exigidas en el país en donde lo otorga (4). Un inglés, residente en Francia, está facultado para hacer su testamento conforme al Derecho francés, si ha obtenido la autorizacion competente para establecer allí su domicilio, segun el art. 13 del Código civil.

(1) I. 2, 16, 8.
(2) I. 2, 16, 1.
(3) *Código Civil*, art. 970 y sig.
(4) *Código Civil*, art. 999.

III.—Derecho inglés y escocés.

Seccion primera.—Estatuto sobre testamentos en Inglaterra.

En Inglaterra el Estatuto I, Vict. c 26, que comenzó á regir el 1.° de Enero de 1838, contiene disposiciones importantes acerca de los testamentos, algunas de las cuales debemos exponer aquí.

Por testamento se dispone de los bienes reales y personales.—Primero: toda persona puede en un testamento otorgado con los requisitos exigidos por el Estatuto, disponer de todos los bienes reales y personales á que tuviera derecho al tiempo de su fallecimiento.

Formalidades del testamento.— Segundo: ningun testamento puede ser válido, si no se otorga por escrito y está firmado por el testador ó por alguna otra persona que lo verifique en su presencia y por su órden, debiendo el testador, estampada ya la firma, reconocerla ante dos ó más testigos, presentes al mismo tiempo, los cuales deben atestiguar y suscribir el testamento en presencia del testador, sin que sea necesaria ningunna forma especial de testimonio.

El Derecho inglés, por tanto, exige que todo testamento se celebre en presencia de dos testigos y con ciertas formalidades, y los testamentos ológrafos sin testigos no son válidos. Pero cualquier militar en campaña, ó marino embarcado, puede disponer de sus bienes *personales* en un testamento verbal, como lo podian ántes de la publicacion de este Estatuto.

Tercero: todo testamento debe interpretarse como si hubiera sido otorgado inmediatamente ántes de la muerte del testador, salvo que se haya expresado la intencion contraria en el testamento mismo.

No pueden testar los menores.—Cuarto: el testamento del menor de veintiun años no es válido.

Quinto: por regla general, todo testamento hecho ántes de haber contraido matrimonio el hombre ó la mujer, se anula al celebrarse aquel.

Sesto: todas las donaciones ó legados dejados por testa-

mento á un testigo del mismo, ó á su consorte, no podrán reclamarlos éstos, ni los que de ellos deriven su derecho; pero el testimonio de aquel vale para probar el otorgamiento del testamento.

Seccion II.—Testamentos escritos en Escocia.

En Escocia se dispone por testamento de los bienes personales.—En el Derecho escocés, el término testamento se aplica sólo á la propiedad *personal*. Pero generalmente se combina el testamento con una disposicion *mortis causa*, expresada mediante los términos técnicos que son esenciales para la trasmision de los bienes raíces (*). Los testamentos ológrafos, es decir, escritos y firmados de puño del testador, son válidos sin la intervencion de testigos. Pero cuando están escritos por otra persona, el testador debe firmarlo, si puede escribir, y atestiguarlo dos testigos, que lo han de suscribir; y debe terminar con una cláusula testimonial, prevenida por la ley y en la forma escocesa, en la cual se expresarán los nombres y circunstancias del que lo ha escrito y de los testigos. Un testamento en que se dispone de bienes *personales* por uno que no sabe escribir, puede confirmarse por el notario, y lo autorizan el testador y dos testigos, pudiendo el párroco hacer las veces de notario; pero se exigen dos notarios y cuatro testigos en los actos en que se dispone de títulos hereditarios y de «otras obligaciones de gran importancia.»

Por el Derecho escocés, el menor, varon ó hembra, y la mujer casada que tiene bienes personales propios ó separados, pueden hacer testamento.

Seccion III.—Estatutos recientes sobre los testamentos otorgados por súbditos británicos.

Estatuto de testamentos.—A consecuencia de algunos fallos del Consejo privado, cuya fuerza se puso en duda, se dictó el Estatuto 24 y 25, Vict., c. 114, para reformar la Legisla-

(*) La necesidad de usar términos técnicos para disponer en esta forma de los bienes raíces en Escocia, se ha abolido ya por un Estatuto de la Reina Victoria, 31 y 32, c. 101, sec. 20.

cion sobre testamentos en que se disponia de bienes personales. Por este Estatuto, que se aplica sólo á las disposiciones testamentarias de las personas que falleciesen despues de su promulgacion, se ordena:

Efecto de los testamentos hechos en el extranjero.—Primero: todo testamento hecho fuera del Reino-Unido por un súbdito británico, sea su domicilio el que fuera, se considerará, respecto de los bienes personales, como bien hecho, si se hiciera conforme á las leyes y formas del lugar en donde se otorgara, ó segun el derecho del lugar en donde el testador residiera á la sazon, ó segun el vigente en aquella parte de los dominios británicos en que tuviera su domicilio.

Testamentos hechos dentro del Reino-Unido.—Segundo: todo testamento hecho dentro del Reino-Unido por un súbdito británico, cualquiera que sea su domicilio, se considerará, respecto de los bienes *personales*, como bien hecho, si se ha otorgado conforme á las leyes vigentes á la sazon en aquella parte del Reino-Unido en donde se hubiera hecho.

El cambio de domicilio no afecta á la validez del testamento.—Tercero: ningun testamento se considerará anulado á causa del cambio posterior de domicilio de la persona que le hubiera hecho. Pero por el Estatuto no se invalida ningun testamento referente á bienes *personales*, que hubiera sido válido, si el Estatuto no se hubiera promulgado, salvo el caso en que un testamento se haya revocado ó modificado por uno posterior, que sea válido segun las disposiciones de este Estatuto.

Estatuto sobre domicilio.—A este Estatuto acompañaba otro, 24 y 25, Vict., c. 121, titulado: «Estatuto para reformar el Derecho tocante á los testamentos y domicilio de los súbditos británicos que falleciesen en el extranjero, y de los extranjeros que falleciesen dentro de los dominios de S. M.» (6 Agosto 1861). Pero este Estatuto, que comprende la sucesion intestada, lo mismo que la testamentaria, sólo debe tener efecto despues de que se hayan celebrado convenios con las potencias extranjeras, y publicado la órden acordada en Consejo en la *Gaceta* de Lóndres.

Súbditos británicos que fallecen en el extranjero.—Despues de la publicacion de esta órden, ningun súbdito británico residente en el país extranjero designado en aquella al tiempo de su fallecimiento, se considerará haber adquirido domicilio en aquel país, á ménos de no haber vivido allí un año inmediatamente ántes de su muerte, y de haber hecho y depositado en una oficina pública del país una declaracion por escrito de su propósito de domiciliarse allí; y todo súbdito británico que falleciera en un país extranjero, pero sin haber cumplido el año de residencia y sin haber declarado su intencion de domiciliarse, se considerará para todos los fines de la sucesion testada ó intestada con respecto á bienes *personales*, que conserva el domicilio que tenia ántes de trasladarse al extranjero.

Extranjeros que fallecen en Inglaterra.—Igualmente despues de la publicacion de dicha órden en la *Gaceta* de Lóndres, ningun súbdito de un país extranjero que fallezca en la Gran Bretaña ó Irlanda se considerará haber adquirido domicilio, á ménos de no haber vivido en el país el año inmediatamente anterior á su muerte, y haber presentado en el ministerio del Interior una declaracion firmada, en la que exprese su deseo de domiciliarse en Inglaterra, Escocia ó Irlanda, y de que el Derecho sobre sucesiones del lugar en que se domicilia deba regir su sucesion en los bienes *personales*. Pero el Estatuto no se aplica á los extranjeros que hayan adquirido carta de naturalizacion en cualquier punto de los dominios de S. M.

IV.—Derecho español.

Derecho comun.—Por la Legislacion de Castilla tienen capacidad para testar los varones mayores de catorce años y las hembras mayores de doce, aunque estén bajo la pátria potestad. El testamento puede ser *nuncupativo* ó *abierto*, y *escrito* ó *cerrado*; aquel ha de otorgarse ante tres testigos y notario, ó cinco testigos, ó sólo tres cuando no hay cinco ni notario; este pide la intervencion de siete testigos, que han de suscribir la carpeta que contiene el testamento, y en la cual ha de estampar su signo el notario. Hay, además, el *codicilo* abierto ó cerrado, que exije las mismas solemnidades que el testamento nuncupativo; y la *memoria testamentaria*, papel simple escrito por el testador, á que éste se remite en su testamen-

to. Puede encomendarse el otorgamiento de éste á una tercera persona ó *comisario*. Hay, además, testamentos especiales, como el del ciego, el mútuo, el militar.

Derecho foral.—En Cataluña, los hijos de familia sólo pueden testar de los bienes castrenses y cuasi-castrenses; en Aragon pueden hacerlo á los catorce años hembras y varones. En ámbas comarcas el testamento nuncupativo ha de otorgarse ante notario y dos testigos, y cuando no hay notario, puede declararse la voluntad ante el párroco y dos testigos; lo propio sucede en Navarra, donde puede otorgarse ante tres testigos á falta de notario y sacerdote; y en Vizcaya se distingue el testamento hecho en las poblaciones y el llevado á cabo en el campo, pues al otorgamiento de éste basta que asistan diez varones y nueve hembras de buena fama llamados y rogados. La Legislacion foral reconoce, además del testamento cerrado y del nuncupativo, vários especiales y los codicilos.

CAPÍTULO III.

LIMITACIONES DE LA FACULTAD DE DISPONER POR TESTAMENTO.

SUMARIO.=I. DERECHO ROMANO.—Segun las Doce Tablas esta facultad era ilimitada.—*Porcion Falcidia.*—Legítima.—La legítima segun Justiniano—*Querela inofficiosi testamenti.*—II. DERECHO FRANCÉS.—Límites de la facultad de disponer por testamento.=III. DERECHO INGLÉS Y ESCOCÉS.—La facultad de disponer por testamento es ilimitada en Inglaterra.—Lo mismo en Escocia, si no hay mujer ni hijos.=IV. DERECHO ESPAÑOL.—Derecho comun.—Derecho foral.

I.—DERECHO ROMANO.

Segun las Doce Tablas esta facultad era ilimitada.—Segun la ley de las Doce Tablas, la facultad que tenia un testador para disponer de su propiedad era ilimitada, pues el testamento de un *pater familias* tenia fuerza de ley: *jus esto.*

Porcion Falcidia.—Con el trascurso del tiempo se hicieron várias leyes para limitar el uso inmoderado de la facultad de dejar legados, los cuales, despues de la introduccion de los testamentos, perjudicaban al heredero. De éstas, la más importante fué la ley Falcidia, publicada en el reinado de Augusto en el año 714 de Roma, por la cual se ordenó que nadie pudiera dejar en legados más que las tres cuartas partes de su haber, con el fin de asegurar así al heredero una cuarta parte de la herencia. Esta cuarta parte se llamaba porcion Falcidia. Aunque este beneficio se concedió primitivamente á los herederos testamentarios, sin embargo, como se podia dejar en un codicilo legados que estaba obligado á pagar el heredero *ab intestato*, éste tenia igual derecho á la porcion Falcidia. La cuarta parte se tasaba teniendo en cuenta el valor de los bienes á la muerte del testador, despues de deducir las deudas y los gastos necesarios de la sucesion. Si los legados excedian

de las tres cuartas partes de la herencia, se hacia á todos ellos una rebaja proporcional en favor del heredero.

Legítima.—Otra limitacion de la facultad de disponer por testamento fué puesta por la ley que ordenó que los padres dejasen cierta parte de sus bienes á los hijos, y que los hijos dejasen cierta parte de los suyos á sus padres. Esta se llamaba porcion legítima, y era primitivamente una cuarta parte de la herencia; así que venia á ser una aplicacion del principio de la ley Falcidia (1).

Hay dos clases de personas á quienes se debe legítima: 1.ª Los descendientes del finado que habrian sido llamados á la sucesion, si hubiera muerto aquel intestado. 2.ª A falta de descendientes, tienen derecho á legítima los ascendientes del testador, con tal que hubiesen podido heredar abintestato. Los hermanos no tienen derecho á reclamar la legítima á ménos de no haberse nombrado heredero á una persona infame.

Si hay á la vez hijos y padres, la legítima sólo se debe á los hijos, pues éstos excluyen de la sucesion á los padres.

Todos los descendientes, sin distincion de sexo, tienen derecho á la legítima. Cuando los hay sólo del primer grado, la legítima se divide entre ellos por partes iguales. Pero si existen al mismo tiempo hijos y nietos descendientes de hijos que han muerto, la legítima se divide en tantas partes como hijos vivos y muertos, contándose de éstos sólo los que han dejado descendientes que los representen, los cuales en junto tienen derecho á la porcion legítima que las personas á quienes representan habrian heredado, si hubiesen sobrevivido al testador.

El segundo órden de personas á que se debe legítima, á falta de descendientes, son los ascendientes más próximos. Si hay ascendientes paternos y maternos en el grado más próximo, la legítima se divide en dos partes: una para los ascendientes de la línea paterna y la otra para los de la línea materna.

La legítima segun Justiniano.—Al principio la legítima, análogamente á lo que sucedia con la porcion Falcidia, era siempre la cuarta parte de la herencia que hubiera tocado al heredero *ab intestato*, cualquiera que fuera el número de éstos.

(1) I. 2, 18, 6.—D. 5, 2, 8, 6

Pero Justiniano estendió la legítima de los descendientes á una tercera parte de la sucesion, si habia cuatro ó un número de herederos menor, y á una mitad si habia más de cuatro (1). Muchos escritores creen que esta disposicion se aplicaba á los ascendientes hasta el punto de darles derecho á la tercera parte de la sucesion; pero Mackeldey es de diferente parecer, sosteniendo que su legítima nunca excedia de la cuarta parte (2).

La legítima sólo se debe á la muerte del testador, debiendo cargarse en cuenta á cada uno de los que tienen derecho á ella todo lo que hayan recibido por testamento, ya sea en concepto de herederos, ya por legados ó donaciones *mortis causa*. Generalmente las donaciones *inter vivos* no se computaban, á ménos de no haberse hecho expresamente con aquella condicion. Justiniano ordenó que la legítima debia dejarse á los hijos en concepto de herederos, y no en el de legatarios ó donatarios, como se hacia en la práctica antigua; y si se les dejara una parte de la herencia, por pequeña que fuera, sólo podian reclamar en juicio lo suficiente para completar la legítima (3).

Querela inofficiosi testamenti.—Cuando los hijos ó los padres eran desheredados injustamente ó preteridos en un testamento, podia éste ser anulado por la *querela inofficiosi testamenti* por estimarse que el testador no se ha conducido como debia.

Cuando esta queja se admitia, no producia el efecto de anular por completo el testamento conforme al nuevo Derecho de Justiniano, sino que se rescindia la institucion de heredero, conservando los legados y demás disposiciones del testamento su fuerza (4). Cuando se anulaba el nombramiento de heredero, tenia lugar la sucesion *ab intestato*, con el gravámen de los legados en lo que no excedieran de la legítima. Cuando resultaba que uno de los hijos habia sido justamente desheredado, miéntras que respecto de los otros procedia la queja, la institucion del heredero hecha en el testamento sólo podia rescindirse parcialmente, resultando de aquí que el testador

(1) N. 18. cap. 1.
(2) Véase Domat, part. II. lib. 3, t. 3, s. 2.—Ortolan, Institutes, § 802.—Mackeldey, § 680.
(3) N. 115, c. 3.—I. 2, 18, 3.
(4) N. 115, c. 3, par. 14; c. 4, par. 8.

moria en parte testado y en parte intestado, lo cual era contrario á una regla general del Derecho.

Cuando la queja contra el testamento inoficioso se desestimaba, se condenaba al demandante por via de pena á la pérdida de todo cuanto se le habia dejado en el testamento. No habia derecho á entablar la queja: 1.°, cuando aquellos que tenian derecho para hacerlo aprobaban de una manera directa ó indirecta el testamento; 2.°, cuando sobrevivian al testador, y morian despues sin haber formulado la queja; 3.°, mediante la prescripcion, que al principio tenia lugar á los dos años, y despues á los cinco (1).

II.—Derecho francés.

Límites de la facultad de disponer por testamento.—En los tiempos modernos los límites de esta facultad varían en los diferentes países. En Francia, si uno fallece sin descendientes ni ascendientes, puede dejar toda su propiedad á personas extrañas; pero si al fallecer tiene un hijo legítimo, sólo puede disponer de la mitad de sus bienes; si deja dos hijos, de la tercera parte, y si deja tres ó más, de la cuarta. Si el difunto no tiene descendientes, y sí ascendientes en ámbas líneas, paterna y materna, sólo puede disponer de una mitad de su propiedad, y de tres cuartas partes si deja ascendientes sólo en una línea (2).

III.—Derecho inglés y escocés.

La facultad de disponer por testamento es ilimitada en Inglaterra.—Segun el Derecho moderno de Inglaterra, esta facultad no tiene hoy límites, pues aparte de los casos en que hay contratos especiales, se puede disponer por testamento de toda la propiedad *real* y *personal* en favor de extraños, aunque el fundador tenga mujer é hijos.

---

(1) I. 2, 18.—D. 5, 2.—C. 3, 28.
(2) *Código Civil*, art. 913 á 916.

Lo mismo en Escocia, si no hay mujer ni hijos.—En Escocia no sucede lo mismo. Si un hombre muere sin mujer y sin hijos, puede disponer de toda su propiedad. Si deja mujer é hijos, sus bienes *personales* se dividen en tres partes iguales: una para la mujer, otra para los hijos, y otra de que puede disponer. Si no deja mujer, puede disponer de una mitad, y la otra se destina á los hijos; y si no deja hijos, la mujer tiene derecho á una mitad, y de la otra se puede disponer. La legítima sólo pueden reclamarla los hijos que sobrevivan al padre, y no los hijos de un hijo muerto. El hijo varon primogénito tiene su legítima como los demás; pero queda excluido de ella, si sucede en una propiedad como heredero legítimo y se niega á dividirla con los demás hijos. El *jus relictæ* de la mujer puede dejarse sin efecto mediante un contrato antenupcial, así como los derechos de los hijos á la legítima, por lo ménos cuando se han hecho en su favor asignaciones de valor suficiente para el caso de la disolucion del matrimonio.

IV.—Derecho español.

Derecho comun.—El poder de disposicion está limitado por las *legítimas;* así, el que tiene descendientes sólo puede disponer de la quinta parte de sus bienes; pero está facultado para dejar esta quinta y el tercio de la legítima á uno de aquellos que libremente designe, lo cual constituye las llamadas *mejoras*. A falta de descendientes, los ascendientes tienen derecho á las dos terceras partes de los bienes, y, por tanto, el testador sólo puede disponer del tercio. Los hermanos sólo tienen derecho á legítima cuando, no existiendo ascendientes ni descendientes, son pospuestos á persona torpe, *que fuese de mala vida ó infamado*, como dice la ley 12, tít. 7, Part. 6.ª Los hijos naturales y espúreos son herederos forzosos de la madre en defecto de descendientes legítimos, siempre que no sean de dañado y punible ayuntamiento.

Derecho foral.—En Cataluña la *legítima* de los hijos está reducida á la cuarta parte de los bienes; en Aragon es toda la herencia legítima de aquellos, pero entre ellos puede distri-

buirla el padre como quisiese; en Navarra depende de la condicion de las personas y de la de los bienes, y es la provincia foral en que está ménos limitada la libertad de testar; y en Vizcaya la única limitacion que tiene el padre es que no salgan los bienes de la línea de los descendientes. Sólo en Cataluña tienen los ascendientes derecho á la cuarta parte como legítima.

CAPÍTULO IV.

DE LOS FIDEICOMISOS.

SUMARIO.=Carácter precario de los fideicomisos al principio.—Definicion de los fideicomisos.—Obligaciones del fideicomitente.—Porcion pegasiana.—Fideicomiso particular.

Carácter precario de los fideicomisos al principio.—Hasta ahora venimos tratando de los testamentos, cuyo objeto era trasmitir los bienes directamente al heredero. Vamos á ocuparnos ahora de los fideicomisos. Esta forma de disposicion se introdujo con el intento de eludir las reglas extrictas del Derecho civil, para trasmitir la propiedad á extranjeros, desterrados y á otras personas incapacitadas para recibir nada directamente mediante el testamento de un ciudadano Romano. Antiguamente todos los fideicomisos eran precarios, dependiendo por completo de la honradez del fideicomitente hasta que Augusto les dió fuerza y autoridad; y como llegaron á generalizarse mucho, se pusieron bajo la jurisdiccion de un pretor especial (1).

Definicion de los fideicomisos.—Un *fideicommissum*, segun el Derecho Romano, era una disposicion *mortis causa*, mediante la cual el testador dejaba algo á otro con la obligacion de trasmitirlo á una tercera persona. Si el objeto del fideicomiso era toda una sucesion ó parte de ella, se llamaba *fideicommissaria hereditas*, ó *fideicommissum universale*; si era una sola cosa, ó una suma determinada de dinero, se llamaba *fideicommisum singulæ rei* ó *fideicommissum speciale*. En el primer caso, la obligacion sólo podia imponerse al here-

---

(1) I. 2, 23, 1.

dero; en el segundo, podia imponerse al legatario ó á cualquiera que recibiera algo del testamento.

Un fideicomiso universal, por el cual se ruega al heredero que trasmita la herencia ó una parte de ella á otro, puede considerarse como una especie de sustitucion, pues el beneficiado toma en todo ó en parte el lugar del primer heredero; pero difiere de la sustitucion vulgar en que el beneficiado como sustituto no puede tomar la herencia hasta despues que el primer heredero se haya posesionado de ella.

Obligaciones del fideicomitente.—La persona encargada del fideicomiso tenia que entregar la *cosa* en el plazo señalado por el testador, y si no se fijaba, inmediatamente despues de aceptar la sucesion. El testador podia determinar que el primer heredero entregase la *cosa* al segundo, y el segundo al tercero, etc. Cuando se constituia un fideicomiso universal con sustituciones en favor de la familia del fundador, se llamaba *fideicommissum familiæ* (1).

El heredero encargado del fideicomiso se hacia, en cierto modo, el propietario de la herencia cuando se posesionaba de ella; pero no podia, sin el permiso del testador ó el consentimiento expreso de todos los interesados, enajenar los bienes, como no fuera para pagar las deudas de la sucesion, ó para impedir que el fideicomisario experimentase daños. Pero si bien se exigia que el heredero entregase lo que quedara de la herencia al tiempo de su fallecimiento (*fideicommissum ejus quod superfuturum est*), tenia, segun el nuevo Derecho, la facultad de disponer de las tres cuartas partes de los bienes, y estaba obligado tan sólo á responder al fideicomisario de la cuarta parte restante, por la cual se le podia exigir fianza (2).

Porcion Pegasiana.—Como el heredero directo tenia la facultad de aceptar ó de repudiar la herencia, habia motivos para temer que hiciera lo último cuando se le exigia la entrega de todos los bienes sin sacar por su parte beneficio alguno. Para obviar esta dificultad se autorizó á la persona encargada del fideicomiso para retener una cuarta parte de la herencia, si

(1) N. 159.—Véase Domat, part. II, lib. 5, t. 3.—Mackeldey, § 748.
(2) N. 108, c. 1 y 2.—Mackeldey, § 756.

fuera heredero universal, ó una cuarta parte de su porcion hereditaria, si fuera heredero sólo de una parte; pero, por otro lado, se le compelia á aceptar la herencia para que se cumpliera el fideicomiso. Todas las deudas de la herencia se dividian entre el fideicomitente que retenia la porcion pegasiana y el fideicomisario en proporcion de lo que respectivamente percibia (1).

Fideicomiso particular.—Pueden ser objeto de un fideicomiso especial las cosas particulares, como un campo, una taza de plata ó una suma de dinero, y la persona encargada del fideicomiso puede ser el heredero ó un legatario. Pero no se puede exigir de nadie que dé más de lo que ha recibido por testamento. Un legado se dejaba en términos imperativos; un *fideicommissum* en palabras suplicatorias; pero á pesar de esta diferencia en la forma de expresion, ámbas eran obligatorias. Justiniano asimiló los legados y los fideicomisos particulares, aboliendo todas las antiguas distinciones y extendiendo las mismas reglas de Derecho á unos y otros en cuanto fuera necesario para hacerlas eficaces (2).

(1) Los comentaristas llaman con frecuencia á esta porcion la *cuarta trebelliánica;* pero su origen no procede del senatus-consultum Trebelliano, sino del Pegasiano.—Ortolan, Institutes, § 962.
(2) I. 2, 20, 3.—C. 6, 43.

CAPÍTULO V.

DE LA ANULACION Y REVOCACION DE LOS TESTAMENTOS.

SUMARIO.=I. DERECHO ROMANO.—Testamento nulo *ab initio*.—El testamento es revocable por el testador.—Cómo se anulaba.=II. DERECHO FRANCÉS.—Revocacion de los testamentos en Francia.—III. DERECHO INGLÉS Y ESCOCÉS.—Revocacion de los testamentos en Inglaterra y Escocia.=IV. DERECHO ESPAÑOL.—Derecho comun.—Derecho foral.

I.—DERECHO ROMANO.

Testamento nulo ab initio.—Un testamento es nulo *ab initio* si carece de alguna de las formalidades exigidas por la ley.

El testamento es revocable por el testador.—Un testamento es siempre revocable durante la vida del testador. Cuando se ha hecho con arreglo á la ley, subsiste válido miéntras no se haya revocado ó hecho ineficaz. Segun el Derecho Romano un testamento se revocaba por el otorgamiento de otro nuevo, aunque no se hiciera mencion del primero, porque, como un testamento implicaba la disposicion de todos los bienes, no podian subsistir dos testamentos á la par, pues el segundo anulaba el primero; pero, para esto, era menester que el segundo fuera válido. El testador puede revocar un testamento sin hacer otro nuevo, inutilizándolo ó destruyéndolo con esta intencion.

Cómo se anulaba.—Un testamento podia anularse en todo ó en parte de otras várias maneras:

1.ª Por el nacimiento subsiguiente ó adopcion de un hijo no tenido en cuenta, el testamento se hacia ineficaz en cuanto á la institucion de heredero.

2.ª Por el cambio de *status* del testador; como, por ejemplo, cuando pierde su libertad ó sus derechos de ciudadanía,

su testamento se invalidaba. Pero si volvia á recobrar su *status* ántes de morir, el pretor podia sostener el testamento, dando á los herederos instituidos la *bonorum possessio secundum tabulas*.

3.ª Cuando el heredero instituido no podia ó no queria aceptar, el testamento como tal era ineficaz; pero, segun una Constitucion de Justiniano, los legados y los fideicomisos no quedaban sin efecto por la no aceptacion ó renuncia del heredero.

4.ª El testamento podia rescindirse y declararse nulo mediante una sentencia judicial por no tener los requisitos y las condiciones indispensables para su validez (1).

Cuando un testamento era nulo desde el principio ó se anulaba despues, tenia lugar la sucesion *ab intestato*, á ménos que el pretor no diera la *bonorum possessio secundum tabulas*. Pero segun ya hemos explicado, cuando un testamento se invalidaba por inoficioso, y no se rescindia sino parcialmente, la sucesion podia ser en parte testamentaria y en parte *ab intestato*.

II.—DERECHO FRANCÉS.

Revocacion de los testamentos en Francia.—Segun el Código civil francés, un testamento no puede revocarse en todo ó en parte sino por otro posterior, ó por un instrumento otorgado ante notario, en el que se declara un cambio de voluntad. Un testamento posterior, en el que no se revoca expresamente al anterior, no anula éste sino en aquellas disposiciones que sean contrarias é incompatibles con las del segundo (2).

III.—DERECHO INGLÉS Y ESCOCÉS.

Revocacion de los testamentos en Inglaterra y Escocia.—En Inglaterra, segun hemos visto en otra parte, por regla general todo testamento se revoca por el matrimonio subsiguiente; pero, aparte de esta excepcion, un testamento sólo

---

(1) I. 2, 13.—D. 28, 3.
(2) *Código civil*, art. 1035-36.

puede revocarse por otro testamento ó codicilo; ó en algun documento en que se manifieste la intencion de revocar, y que, como el testamento, ha de ser escrito por el testador ó por alguna persona en su presencia y por su órden; ó destruyendo el testamento con la intencion de revocarlo (1).

Segun el Derecho de Escocia, el testador puede revocar un testamento, otorgando una escritura que ha de servir de prueba, en la que declare que tal es su intencion, ó haciendo un testamento nuevo incompatible con el anterior, ó destruyéndolo deliberadamente, ó inutilizándolo con el propósito de revocarlo.

IV.—Derecho español.

Derecho comun.—El testamento anterior se revoca por uno posterior; cuando aquel contiene cláusula derogatoria ó *ad cautelam*, ha de incluirse y revocarse en éste. Tambien haciendo constar su voluntad el testador en documento que reuna los mismos requisitos de solemnidad que las últimas voluntades; y el cerrado, rompiendo el pliego, inutilizándolo, etc.

Derecho foral.—En Cataluña se revoca el testamento por otro posterior perfecto, ó borrándolo ó rasgándolo deliberadamente. La sola voluntad de revocarlo, aunque conste por testigos, no basta. La revocacion del testamento *inter liberos* exige requisitos especiales. En Aragon el testamento posterior deroga siempre el anterior, debiendo ser aquel tan solemne como éste.

---

(1) Ibid., c. 26, s. 20.

CAPÍTULO VI.

DE LOS LEGADOS.

SUMARIO.=I. Derecho Romano.—Naturaleza del legado.—Formas antiguas.—Cosas que pueden legarse.—Legado de deuda y de liberacion.—Legado general.—Legado de especie.—Derecho de acrecer entre los legatarios.—Error en el nombre ó descripcion de la cosa legada.—El legado queda sin efecto si fallece el legatario ántes que el testador.—Legados puros y condicionales.—Revocacion de los legados.=II. Derecho inglés.—Estatuto sobre testamentos.—Esta disposicion es una excepcion á la regla general.=III. Derecho escocés.—Reglas del Derecho escocés respecto á la validez y caducidad de los legados.

I.—Derecho Romano.

Naturaleza del legado.—El legado es la donacion de una cosa que el testador ordena que se entregue despues de su muerte al legatario (1).

Formas antiguas.—Antiguamente habia cuatro clases de legados entre los Romanos: *per vindicationem*, *damnationem*, *præceptionem*, *sinendi modo*. Para cada uno de ellos se empleaban ciertas palabras; pero estas distinciones fueron abolidas por las Constituciones imperiales, y últimamente Justiniano redujo todos los legados á una sola clase, y podian dejarse en testamento ó en codicilo (2).

Cosas que pueden legarse.—Todas las personas capacitadas para hacer testamento pueden dejar legados. Se puede legar no sólo sumas de dinero, derechos y deudas, sino tambien bienes raíces y todas las cosas que están en el comercio, sean corporales ó incorporales. Se puede legar la cosa agena, en cuyo caso, si lo sabia el testador, el heredero estaba obligado á

---

(1) «Legatum est donatio quædam a defuncto ab herede præstanda.» I. 2, 20, 1.
(2) I. 2, 20, 2 y 3.—Ulp., 24, 1, 6.

comprar la cosa para el legatario ó á entregarle su importe. Pero si el testador legara una cosa perteneciente á otro, en la creencia de que era suya (lo cual se suponia á ménos de no probar lo contrario el legatario), entónces no se podia exigir del heredero, ni la cosa, ni su importe, presumiéndose que no habria aquel legado la cosa, si hubiera sabido que pertenecia á otro (1). Estas reglas se han adoptado en Escocia. En Francia, un legado de cosa ajena es en todo caso nulo, creyera ó no el testador que la cosa era suya (2).

Legado de deuda y de liberacion.—Un acreedor puede legar una deuda que le debe un extraño, pero el legado es sólo eficaz en el caso de poderse cobrar alguna cantidad del pretendido deudor. Cuando se legaba á un deudor su propia deuda, lo cual se llamaba *legatum liberationis*, era eficaz, y el heredero del testador no podia reclamar la deuda, ni al deudor, ni á sus representantes (3).

Legado general.—Si uno dejaba en legado sus joyas, cuadros, estátuas, etc., el legado podia aumentarse, aumentando el testador despues del testamento las cosas legadas, ó disminuirse por vender ó disponer aquel de otro modo de parte de ellas; pero en ámbos casos el legado surtia su efecto respecto de las cosas á la sazon existentes. De igual modo, el legado de un rebaño podia aumentar ó disminuir por los cambios que sobrevinieran despues del testamento, y se trasmitia al legatario tal como se encontraba en el momento de deberse el legado, aunque todos los animales de que se compusiera en un principio el rebaño fuesen diferentes de los primitivos. Si el rebaño se aumentaba despues de la fecha del testamento, el beneficio era para el legatario; y si el rebaño se hubiese disminuido hasta tener una sóla cabeza, el legatario podia reclamarlo (4). Pero si, por cualquiera causa, la cosa legada cambiaba tan completamente de naturaleza y condicion, que no podia cuadrarle la designacion hecha por el testador, el legado se hacia ineficaz. Así, que si se legaba un rebaño, y no habia ni una sola res viva á la muerte del testador, el legatario

(1) 2, 2, 20, 4.
(2) *Código civil*, art. 1021.
(3) I. 2, 20, 31.
(4) I. 2, 20, 18.

no tenia derecho á reclamar las pieles ni la lana. Asimismo, si el testador legaba una nave que se hubiera destruido ántes de su muerte, el legatario no tenia derecho á reclamar los materiales.

Legado de especie.—Por algunas de sus consecuencias, la distincion entre el legado de especie y el de género es importante. Un legado de especie es aquel en que la cosa legada se particulariza de tal modo que se distingue de todas las demás. Un legado general es aquel en que la cosa es indeterminada y no se distingue de las demás del mismo género que pertenecian al difunto. Si éste hubiera legado un paisaje pintado por Cláudio, y no tuviera más que un cuadro de este pintor, no cabe duda acerca de lo que se quiere legar; el legado es de especie. Pero si el testador legase simplemente un caballo, que debiera tomarse de entre los vários de sus caballerizas, ó un paisaje que habria de escogerse entre los muchos que tiene en su museo, ¿cómo habrá de hacerse la eleccion? De distinto modo segun las circunstancias. Si se ha concedido al legatario el derecho de opcion, puede escoger el caballo ó el cuadro que considere de más valor; si la eleccion se ha dejado al heredero, puede ejercer éste tal facultad interpretando la intencion del testador. Si no se ha dejado la facultad de elegir á ninguno de los dos, el heredero no puede ser obligado á dar lo mejor, ni el legatario obligado á aceptar lo peor. Esta regla ha sido adoptada en el Código moderno Francés (1).

Derecho de acrecer entre los legatarios.—Si la misma cosa se legaba á una ó más personas conjuntamente (*conjunctim*), ó separadamente (*disjunctim*), cada una toma una parte igual; y si alguna de ellas fallecia ántes del testador, ó dejaba de tomar su parte, tocaba por derecho de acrecer á los demás (2). Pero este derecho no tiene efecto cuando el testador lo prohibe expresamente, y cuando uno de los colegatarios fallece despues de haber adquirido el derecho al legado, porque éste se trasmite á los herederos (3).

El derecho de acrecer no tiene lugar entre los *conjuncti verbis tantum*, que son aquellos á quienes se ha legado la co-

(1) *Código civil*, art. 1022.
(2) I. 2, 22, 8.
(3) Mackeldey, § 740.

sa, dividiéndola entre ellos, como, por ejemplo: «dejo á Ticio y Seio cierta finca ó cosa por partes iguales ó una mitad para cada uno de ellos,» ó en cualquiera otra proporcion: *quoniam semper partes habent legatarii* (1).

En Escocia se ha decidido repetidas veces, que cuando se ha dejado un legado á dos personas entre las que se ha de dividir por igual, no tiene el *jus accrescendi* el que sobreviva. Pero se ha resuelto que tiene lugar cuando los colegatarios son en la cláusula del testamento conjuntos tanto en la cosa como en las palabras, segun la regla del Derecho Romano, segun la cual, en este caso, el que sobrevive tiene derecho á la totalidad.

Error en el nombre del legatario ó en la descripcion de la cosa legada.—Un legado podia hacerse eficazmente empleando cualesquiera palabras que indicaran el ánimo é intento del testador. Un error en el nombre del legatario no viciaba el legado, si en lo demás la designacion era suficiente para identificar la persona. De igual modo el error en la descripcion de la cosa legada, ó la falsedad de la causa inductiva expresada al hacer el legado, no lo invalidaban tampoco (2). Pero si se legaba una cosa específica describiéndola en esta forma: «mi sortija de diamantes ó mi vajilla de China,» y no se encontrara en los efectos del difunto cosa alguna que correspondiera á semejante descripcion, el legado era nulo.

El legado queda sin efecto si fallece el legatario ántes que el testador.—Es una regla general de derecho que el legado implica *dilectus personæ*, y que por tanto es personal al legatario. A causa de la naturaleza misma de toda donacion *mortis causa* el legado no es eficaz sino á la muerte del testador, y por esto necesariamente caduca si fallece ántes que éste el legatario. Como consecuencia de esta regla, es indispensable en los casos ordinarios mencionar las personas á quienes se quiere favorecer con el legado, caso de que falte el legatario, cuando se desea que por el fallecimiento anterior de éste no se pierda el legado, lo cual se hace generalmente mediante una cláusula de institucion condicional ó de sustitucion.

(1) D. 32, 3, 89.—Ortolan, t. II, p. 578, § 870.
(2) I. 2, 20, § 29, 30, 31.

Legados puros y condicionales.—El legatario dispondrá ó no de la cosa como propiedad suya, segun los términos en que se haya hecho el legado, pues puede contener éste condiciones que modifiquen la naturaleza del derecho y afecten al tiempo en que deba verificarse el pago. Sea la que fuere la naturaleza del legado, no puede hacerlo suyo el legatario, ni trasmitirlo á sus herederos, si fallece ántes del testador. Si el legado es puro y no depende de condicion alguna su validez, adquiere el derecho al legado el legatario, y puede trasmitirlo á sus herederos si sobrevive al testador, áun cuando no deba pagarse sino al cumplimiento de cierto plazo, ántes de cuyo vencimiento hubiese fallecido el legatario. Cuando el legado es condicional, y su eficacia depende por tanto de una contingencia, si el legatario sobrevive al testador y muere ántes de que se haya cumplido la condicion, no adquiere derecho al legado. Es una condicion que hace al legado contingente, la de haberse de pagar despues de cierto acontecimiento que puede no verificarse nunca. Todos los legados para cuyo pago no hay plazo señalado, y que no son condicionales, deben pagarse inmediatamente despues que el heredero haya aceptado la herencia. En Derecho Romano, la frase *dies cedit*, cuando se aplica á un legado, indica que ha nacido el derecho, y el *dies venit* que ha llegado el tiempo en que se puede exigir el legado (1).

Los bienes del testador responden, en primer término, por las deudas; y si muere insolvente no se deben los legados: *bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt* (2).

Revocacion de los legados.—El testador puede revocar los legados expresamente en un testamento ó codicilo, ó tácitamente, disponiendo en otra forma de los bienes legados. El legado de deuda dejado al deudor se revoca, si éste es despues compelido á pagar durante la vida del testador. Si este, despues de haber legado una cosa, la vendiera ó la donara á otra persona, por este hecho anula el legado. Tambien se anula cuando se traspasa á un segundo legatario en lugar del primero, y esta revocacion surte su efecto áun en el caso

(1) «*Cedere* diem significat, incipere deberi pecuniam. *Venire* diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit.» D. 50, 16, 213.
(2) D. 50, 16, 39.

de fallecer el segundo legatario ántes del testador. Si la cosa legada pereciera viviendo el testador, y tambien despues de su muerte, pero ántes de la entrega, sin culpa del heredero, el legado queda sin efecto; pero si la pérdida se causara por algun descuido del heredero, tendria que responder de su valor (1).

II.—Derecho inglés.

Estatuto sobre testamentos.—Segun el Estatuto sobre testamentos (1, Vict., c. 26, s. 32,), «cuando el hijo ó descendiente de algun testador, á quien éste hubiera legado bienes *reales ó personales* no determinables á la muerte de aquel ó ántes de ella, falleciese viviendo el testador y dejaba sucesor que viviera en el momento de fallecer el testador, el legado debe tener efecto como si la muerte del hijo hubiera acaecido inmediatamente despues de la del testador, á ménos de no expresarse lo contrario en el testamento.» Segun esta disposicion, dicho descendiente no hereda directamente por derecho propio á modo de una sustitucion implícita, sino que el legado pasa en absoluto al legatario difunto, como si hubiera sobrevivido al testador, «y por tanto puede aquel disponer de la manda por testamento.»

Esta disposicion es una excepcion á la regla general.—A parte de esta regla especial, el Derecho inglés dispone en general que, si el legatario no sobrevive al testador, el legado caduca, lo cual tiene lugar áun cuando el legado se deje al legatario y «á sus albaceas, administradores y cesionarios.» Pero, al parecer, cuando el legado se hace «á A *ó* sus herederos» ó «á A *ó* sus representantes,» la disyuntiva «*ó*» implica una sustitucion que tiene por fin el impedir que el legado caduque.

III.—Derecho escocés.

Reglas del Derecho escocés respecto á la validez y caducidad de los legados.—En Escocia se ha consignado repetidas

(1) I. 2, 20, 16.

veces que cuando se deja un legado, no sólo á un indivíduo, sino á sus herederos y sucesores, no caduca por la muerte del legatario ocurrida con anterioridad á la del testador, sino que pasa á sus herederos por derecho propio como legatarios instituidos condicionalmente. Debemos tambien notar que el Derecho escocés, al paso que admite la regla general en virtud de la que un legado á que no han sido llamados los herederos del legatario, caduca en el caso de fallecer éste ántes que el testador, reconoce al mismo tiempo una sustitucion implícita en favor de los nietos ó descendientes directos, fundándose en el principio de la *paterna pietas*, en los legados dejados por un padre á su descendiente, y haya ó no sustitucion expresa para el caso que faltara aquel, al efecto de que se trasmita el derecho de éste en el caso de fallecer ántes que el testador.

CAPÍTULO VII.

DE LA SUCESION INTESTADA EN ROMA.

SUMARIO.=Definicion de la sucesion intestada.—Parentesco.—Vínculo doble y sencillo.—Sucesion intestada ántes de Justiniano.—Reglas de las Doce Tablas.—Gentiles.—Dureza de estas reglas.—Derecho pretorio.—*Collatio bonorum.*—Sucesion intestada en tiempo de Justiniano.—Reglas generales.=*I. Descendientes.*—Primera clase.—Representacion.—Cuándo heredan sólo los nietos.=*II. Ascendientes con ó sin colaterales.*—Segunda clase.—Ascendientes solos.—Ascendientes en concurrencia con hermanos.—Concurrencia tambien con los hijos de hermanos germanos fenecidos.=*III. Colaterales.*—Sucesion de los colaterales.—Hermanos germanos.—Sobrinos.—Medio-hermanos.—Llamamiento de los parientes más próximos en grado.—Casos especiales de sucesion.—Marido y mujer. Hijos naturales.—El Fisco como *ultimus heres.*

Definicion de la sucesion intestada.—Muere intestado el que fallece sin testamento, ó dejando hecho uno que no es válido. La ley determina las personas que deben heredar la propiedad, segun ciertas reglas que dependen del parentesco de aquellas con el difunto.

Parentesco.—El parentesco entre dos personas procede, ó de descender la una de la otra, lo cual dá lugar al vínculo entre ascendientes y descendientes; ó de descender ámbos de un antepasado comun, lo cual origina el parentesco entre colaterales. Todos los parientes consanguíneos son ascendientes, descendientes ó colaterales. En el parentesco de consanguinidad se distinguen dos líneas, la directa y la colateral. Los grados del parentesco directo de consanguinidad se calculan contando el número de descendientes ó generaciones. Así, el padre y el hijo están en primer grado, el abuelo y el nieto en segundo grado.

Los grados del parentesco de consanguinidad colateral se computan de diferente modo en el Derecho civil y en el canónico. El Derecho civil cuenta el número de generaciones entre

las personas de ámbos lados, partiendo desde el antepasado comun. Segun esta regla, los hermanos están en segundo grado, y los primos hermanos en cuarto. Pero el Derecho canónico cuenta el número de generaciones que hay entre el antepasado comun y las dos personas, atendiendo á un lado solamente, y si no están igualmente distantes, al lado del que lo está más del antecesor comun; así, por Derecho canónico, los hermanos están en el primer grado, y un tio con su sobrino en el segundo.

Vínculo doble y sencillo.—Los parientes colaterales se distinguen segun que lo son ó no por doble vínculo. Hay parentesco de doble vínculo entre los que descienden del mismo padre y de la misma madre. Los más próximos son hermanos germanos. Los de media sangre, ó vínculo sencillo, pueden ser consanguíneos ó uterinos: los primeros descienden del mismo padre, pero no de la misma madre; y los segundos descienden de la misma madre, pero no del mismo padre.

Al dictar las reglas de la sucesion, el Derecho Romano no toma en cuenta la naturaleza ni el orígen de la propiedad que se hereda, y no hace distincion alguna entre los bienes *reales* y *personales*, los cuales, segun el Derecho moderno de sucesion de Inglaterra, se rigen por reglas enteramente distintas.

La sucesion intestada ántes de Justiniano.—Segun la ley decemviral, la sucesion *ab intestato* se basaba en la *patria potestas*; es decir, en la antigua constitucion de la familia romana. De aquí que hubiera tres órdenes de personas llamadas á la sucesion.

Reglas de las Doce Tablas.—En el primer órden estaban los *sui heredes*; es decir, los hijos ó nietos que estaban bajo la potestad del padre, de cuya sucesion se trataba. Las hijas que estaban bajo el poder de aquel sucedian como los varones, y en una parte igual, así como los hijos adoptivos, y la mujer si estaba *in manu*. Los *sui heredes* se llamaban así, porque pertenecian al difunto mediante la pátria potestad. A falta de *sui heredes*, la sucesion pertenecia á los *agnados* más próximos, los cuales excluian á los más remotos. Son agnados los parientes por línea de varon; aquellos que estarian aún sometidos á la pátria potestad si el jefe comun existiera. La hermana es agnado del hermano cuando ámbos han nacido del mis-

mo padre. Fuera de esto, la ley decemviral no reconocia derecho de sucesion á las hembras.

En tercer lugar, y á falta de agnados, la sucesion correspondia á los *gentiles*, que heredaban conjuntamente.

Gentiles.—Segun Ciceron, los *gentiles* son los que llevan el mismo apellido, como Escipion, Bruto, si descienden de personas libres y no de esclavos, y no pasan por adopcion á otra familia. Si lo hicieran, deben tomar el apellido de la *gens* en que entran, y salir de su propia y nativa *gens*. Así, que la comunidad de nombre y la pureza de orígen sin mezcla de sangre esclava, son los caractéres de la gentilidad romana (1). A consecuencia de las revoluciones que experimentaron las instituciones políticas, los *gentiles* dejaron de ser llamados á la sucesion, y fueron preferidos á ellos las personas emparentadas por el vínculo de la sangre.

Dureza de estas reglas.—Gayo ha hecho notar la dureza de las reglas por que se regia la sucesion intestada segun las Doce Tablas. Un hijo que no estaba bajo la pátria potestad por haberse emancipado ó por otros motivos, no podia suceder, porque no estaba dentro de la familia, ni por tanto entre los *sui heredes*. Asimismo, los agnados que sufrian un cambio de estado, perdian la agnacion, y con ella los derechos á la sucesion. Los agnados hembras, con excepcion de las hermanas, no podian heredar. Finalmente, los *cognados*, ó parientes por línea femenina, estaban excluidos totalmente; de suerte que la madre que no estaba *in manu mariti*, no podia herederar á sus hijos, ni sus hijos podian heredarla á ella (2).

Derecho pretorio.—El segundo período de la sucesion intestada comprende las innovaciones introducidas por los pretores que suavizaron la dureza de la ley decemviral. Estos llamaban á la sucesion, por el medio indirecto de la *bonorum posessio*, á todos los hijos sin distincion, estuviesen emancipados ó no, por el edicto *unde liberi*; á la mujer que no estaba *in manu* y al marido, por el edicto *unde vir et uxor;* á los agnados más remotos, aunque estuviesen emancipados, por el edicto *unde legitimi;* á los cognados, por el edicto *unde cognati*, etc.

(1) Ciceron, Topic., c. 6.—Giraud, «Dissertation sur la Gentilité Romaine.»
(2) Gayo, 3, 18, 24.

Collatio bonorum.—Cuando el pretor llamaba á los hijos emancipados á la *bonorum possessio* por el edicto *unde liberi* ó *contra tabulas*, los obligaba á aportar á la herencia toda aquella propiedad que tenian por separado, la cual, á haber continuado bajo la pátria potestad, habria pertenecido al jefe de la familia, para colocarlos así en iguales condiciones que á sus hermanos no emancipados. A esto se llamaba *collatio bonorum*.

El mismo principio se extendió despues á la hija, aunque no estuviera emancipada, la cual tenia que cargarse en cuenta la dote que hubiera recibido del jefe de la familia á la celebracion del matrimonio, al hacerse la particion entre ella y los demás hijos. El Emperador Leon extendió esta obligacion á la *donatio propter nuptias* (1). Finalmente, Justiniano dispuso que todos los hijos sin distincion que sucedian *ab intestato* en la propiedad de ascendientes, fuesen obligados á colacionar todas las cosas que podian imputarse á la legítima en cuanto procedia la queja de inoficioso testamento (2).

Sucesion intestada en tiempo de Justiniano.—A pesar de todas las reformas introducidas por los edictos de los pretores, Justiniano, al fin de su reinado, comprendió la necesidad de refundir y simplificar las reglas de la sucesion intestada, y estableció un nuevo sistema en el año 543 por la Novela 118, ampliada en un punto importante por la 127.

Segun el Derecho de sucesion Romano, no sólo no se hace distincion entre los bienes muebles é inmuebles, sino que no se toma en cuenta la primogenitura, ni se da preferencia alguna á los varones sobre las hembras.

Siendo la consanguinidad la base de la reforma de Justiniano, los parientes por tal motivo sucedian *ab intestato*. Salvo el caso del cónyuge que sobrevivia al que moria intestado, la afinidad ó parentesco á causa del matrimonio no daba derecho alguno á la sucesion (3). No hay diferencia entre los agnados y los cognados, y el más próximo en grado de cualquiera de estas clases excluia al más remoto de ámbas. Hay ciertas personas, sin embargo, que, aunque no emparen-

(1) *De Fresquet*, t. II, p. 18.—Marezoll, § 218.
(2) Ortolan, Institutes, § 1127-1130.
(3) C. 6, 59, 7.

tadas por el vínculo de la sangre con el difunto, tienen un derecho de sucesion por motivos especiales.

El órden en que los parientes suceden *ab intestato*, segun las Novelas, es el siguiente:

Reglas generales.—Primera, la sucesion corresponde á los descendientes del difunto; segunda, á falta de descendientes, son llamados los más próximos ascendientes; pero si hay hermanos é hijos de hermanos que han fallecido, tienen derecho á suceder con los ascendientes; tercera, los medio-hermanos consanguíneos ó uterinos vivos, y los hijos de los que hayan muerto ántes que aquel de cuya herencia se trata, son llamados en tercer lugar; cuarta y última, se comprenden en la cuarta clase todos los demás parientes colaterales, sin distinguir si lo son de doble vínculo ó no; pero siempre tomando en cuenta la proximidad del grado (1).

I.—Descendientes.

Primera clase.—Si una persona muere intestada, dejando hijos legítimos, todos le suceden por partes iguales sin distincion de sexo; y si no hay más de un hijo, él hereda todos los bienes. El descendiente, cualquiera que sea su sexo, es preferido á todos los ascendientes y colaterales.

Representacion.—En la línea directa de descendientes el derecho de representacion tiene lugar *in infinitum*. El efecto de esto es que los descendientes de un hijo que ha muerto ántes que el intestado, ocupan el mismo lugar que el padre, y tienen derecho á la parte de la sucesion que habria correspondido á éste. Este derecho se admite cuando los descendientes de primer grado del intestado concurren con los descendientes de cualquier grado de un hijo. Así, los hijos del intestado suceden por partes iguales *per capita*, mientras que los nietos de un hijo difunto suceden solo *per stirpes* en la parte que su padre habria heredado si hubiera vivido.

Cuándo sólo heredan los nietos.—Tambien en el caso de haber sólo nietos procedentes de diferentes hijos que han muerto, aunque todos están en igual grado con el intestado,

(1) Marezoll, § 206.—Mackeldey, 649 á 653.

heredan por representacion; de suerte que, si como derivados de diferentes troncos el número de los que proceden de cada uno es desigual, la sucesion se divide entre ellos, no *por cabezas* ó en porciones iguales, sino *per stirpes*, y, por tanto, todos los descendientes de cada hijo no perciben más que lo que su padre habria heredado si hubiera vivido (1). En Inglaterra se sigue un principio más justo. Si todos los hijos han muerto, existiendo sólo nietos, todos suceden, no *per stirpes* sino *per capita;* esto es, suceden en partes iguales por derecho propio y como parientes más próximos.

II.—Ascendientes con ó sin colaterales.

Segunda clase.—Si no hubiera descendientes, el padre y la madre y los demás ascendientes excluyen de la sucesion á los colaterales, con la excepcion de los hermanos de doble vínculo y los hijos de los mismos que hayan muerto, los cuales pueden concurrir con los ascendientes de la manera que vamos á explicar (2).

Tres casos pueden ocurrir en la sucesion de ascendientes. Primero, sucesion de ascendentes solos, sin que haya colaterales de la categoría exceptuada; segundo, concurrencia de ascendientes con hermanos de doble vínculo; y tercero, concurrencia de ascendientes con hermanos de doble vínculo y con hijos de hermanos muertos.

Ascendientes solos.—Primero: cuando hay solo ascendientes, el padre y la madre heredan en porciones iguales; y si sólo sobrevive uno de ellos, éste hereda todos los bienes. No hay derecho de representacion entre los ascendientes; así que el más próximo en grado excluye al más remoto, y, por tanto, el padre solo ó la madre sola excluyen á los abuelos.

Cuando concurren vários ascendientes del mismo grado, uno de la línea del padre y otro de la de la madre, la sucesion se divide en dos partes iguales, una de las cuales se dá á los ascendientes paternos, y la otra á los maternos, *per lineas*,

(1) Domat, part. 2, l. 2, tit. 1, § 2, art. 3.—Dr. Harris, Justinian's, Inst. 3, 1, 6, p. 186, nota.
(2) N. 118, c. 2.—N. 127, c. 1.

aunque el número de indivíduos fuera en una de ellas menor que en la otra.

Ascendientes en concurrencia con hermanos.—Segundo: si hubiera hermanos de doble vínculo, son llamados á la sucesion conjuntamente con el padre y la madre ú otros ascendientes, y la herencia se divide entre ellos *in capita*; es decir, segun el número de personas. Así, cuando el difunto deja padre, madre, un hermano y una hermana, cada uno tiene derecho á una cuarta parte de la sucesion.

Voet era de parecer que, segun la Novela 118, cap. 2, sólo el padre y la madre podian suceder juntamente con el hermano del intestado, y, por consiguiente, que el hermano excluia al abuelo (1). Se admitió este principio en el Derecho inglés en el pleito de Evelyn, fallado por el lord canciller Hardwick en 1754; pero Domat y otros eminentes Romanistas han rechazado la opinion de Voet, y afirman que se ha equivocado al traducir un párrafo del texto griego de la Novela 118, capítulo 2, con las palabras: «*si aut pater aut mater fuerit*,» debiendo decir, como lo ha hecho Warnkoenig, «*etsi pater aut mater sint*,» siendo, por tanto, el verdadero sentido de la ley que los hermanos sean llamados á la sucesion juntamente con los ascendientes, aunque éstos fueran el padre y la madre (2).

Concurren tambien con los hijos de hermanos germanos fenecidos.—Tercero: segun la Novela 118, los descendientes de un hermano germano muerto no concurrian á la sucesion con los ascendientes ó hermanos sobrevivientes, sino que, por el contrario, los ascendientes los excluian. Esto se corrigió en la Novela 127, cap. 1, que llamó á dichos hijos á suceder juntamente con los ascendientes y hermanos sobrevivientes, teniendo derecho por representacion á la parte que habria correspondido á su padre ó madre si hubieran vivido.

La cuestion sobre si éstos sobrinos tenian derecho de suceder juntamente con los ascendientes solos, cuando no existian hermanos sobrevivientes, es muy dudosa y ha dado lugar á larga controversia. Segun la Novela 118, los ascendientes ex-

---

(1) Voet, Com. ad Pand, t. II, p. 588.
(2) Domat, part. 2, lib. 2, t. II, sec. 1.—Muhlenbruck, Doctrina Pandectarum, t. III, p. 227.—Warn., Instit., § 510.—Irving, Introduction to Civil Law, p. 99.

cluian á estos sobrinos, y la Novela 127 sólo los llama expresamente cuando los hermanos suceden juntamente con los ascendientes; de donde se infiere que no se admiten en concurrencia sólo con los ascendientes. Esta es la conclusion á que ha llegado Cujas, y Pothier considera que es la que más se armoniza con el verdadero sentido de la Novela (1).

III.—Colaterales.

Sucesion de los colaterales.—Como regla general, los colaterales más próximos en grado de parentesco al difunto, son llamados á la vez á la sucesion, y excluyen á aquellos que son más remotos. Esta regla tiene sus limitaciones en el Derecho Romano á causa de la preferencia dada al doble vínculo sobre el sencillo, y por el derecho de representacion que en la sucesion colateral se concede á los hijos de los hermanos, y no más allá.

Hermanos germanos.—Si una persona muere sin dejar descendientes ni ascendientes, sus hermanos germanos suceden en los bienes por partes iguales (2). Pero si dejara hermanos y tambien sobrinos, hijos de un hermano premuerto, éstos últimos sucedian juntamente con sus tios en la parte que su padre habria heredado si viviera. Entre los colaterales, sin embargo, como ya hemos dicho, este derecho de representacion no alcanza más que á los hijos de hermanos.

Sobrinos.—Si los hermanos del intestado han muerto, y sólo los sobrinos suceden, se ha cuestionado acerca de cómo ha de dividirse la herencia. Azo sostiene que debe dividirse *in capita*, y Accursio *in stirpes*. Vinnio afirma que cuando no hay más que sobrinos, no hay derecho de representacion, y, por consiguiente, que á cada uno de ellos corresponde una parte igual por derecho propio; regla de distribucion que es la adoptada en Inglaterra (3).

Medio-hermanos.—A falta de hermanos germanos y de hijos de éstos, los medio-hermanos suceden, ya sean del mis-

---

(1) Pothier, *Traité des successions*, cap. 2, s. 2.—Warn., Instit., p. 2, 150.
(2) N. 118, c. 3.
(3) Vinn. *Com.*, lib. 3, tít. 5, p. 539.—Dr. Harris. Justinian's Institutes, 3, 2, 4, p. 197.

mo padre, ya de la misma madre. Y si alguno de éstos hermanos hubiera muerto dejando hijos, tienen estos el derecho de representacion, y en su virtud suceden en la parte que habria tocado á su padre, si viviera, lo mismo que en el caso de los hijos de hermanos germanos (1).

Llamamiento de los parientes más próximos en grado.—Todos los demás parientes del difunto son llamados á la sucesion segun su proximidad en grado de parentesco, siendo los más cercanos preferidos á los más remotos; y si hay vários en el mismo grado, ya sean de la línea del padre, ya de la de la madre, los bienes deben dividirse entre ellos en iguales partes, segun el número de personas (2).

Casos especiales de sucesion.—Por razones especiales, el Derecho Romano concede el derecho de sucesion á otras personas que no son parientes.

Marido y mujer.—Cuando uno de los cónyuges fallece sin dejar parientes, aquel de ellos que sobreviva, sea el marido ó sea la mujer, es llamado á la sucesion por el edicto del pretor *unde vir et uxor*, confirmado por las Constituciones imperiales (3).

La viuda pobre tenia participacion en la sucesion de su marido. Si éste dejaba más de tres descendientes, la viuda tenia derecho á suceder en concurrencia con ellos, *per capita*; y si habia sólo tres ó ménos descendientes, ó si eran llamados á suceder otros parientes del marido, tenia derecho á una cuarta parte de la herencia. Si tenia hijos del difunto, sólo tenia derecho al usufructo de su porcion, y tenia que reservarla para dichos hijos; pero en los demás casos adquiria la plena propiedad, y podia disponer de ella como quisiera (4).

Hijos naturales.—Si un hombre no tenia descendientes ni ascendientes legítimos, podia disponer por testamento de toda su propiedad en favor de sus hijos naturales; es decir, de los tenidos de una concubina, ó en favor de la madre de los mismos; pero si tenia hijos legítimos, sólo podia dejar una duodécima parte á los hijos naturales y á su madre. Si el padre

(1) N. 118, c. 3.
(2) Ibid.
(3) I. 3, 9, 6.—D. 38, 11.—C. 6, 18.
(4) N. 117, c. 5.

moria intestado, sin dejar mujer ni descendientes legítimos, sus hijos naturales y la madre de ellos podian reclamar dos *unciæ*, ó una sexta parte de la sucesion, y lo demás correspondia á los herederos legítimos (1).

El Fisco como últimus heres.—A falta de toda clase de herederos, testamentarios ó legítimos, la sucesion correspondia al fisco, con la obligacion de pagar las deudas del difunto hasta donde alcanzara el valor de la herencia.

(1) N. 89, c. 12, § 2 y 3, y c. 15.—*De Fresquet*, t. II, p. 41.

CAPÍTULO VIII.

DE LA SUCESION INTESTADA EN FRANCIA, INGLATERRA Y ESCOCIA.

SUMARIO.=I. Derecho francés.—No se hace distincion alguna entre los bienes muebles y los inmuebles.—Reglas de la sucesion intestada segun el Código Napoleon.=II. Derecho inglés.—Sucesion en los bienes raices.—Estatuto sobre la *inheritance.*—La sucesion arranca del adquirente.—Reglas de la sucesion.—Distribucion de los bienes personales.—Descendientes y viuda.—Los parientes del lado del padre y los por parte de la madre tienen igual derecho.—El heredero legítimo puede suceder en los bienes personales.—Derecho del viudo á los bienes personales de la mujer.—Derechos de la viuda.—Derechos del padre.—Derechos de la madre.—Los hermanos son preferidos al abuelo.—Los medio-hermanos concurren con los hermanos de doble vínculo.=III. Derecho escocés.—Sucesion en los bienes raices.—Descendientes.—Hermanos y sus descendientes.—Derechos del padre.—Exclusion de la madre y de sus parientes.—Derecho de representacion.—Herederos de los bienes adquiridos.—Distribucion de los bienes *personales.*—Exclusion de los cognados.—Descendientes.—Derechos del padre y de la madre.—Hermanos.—Derechos de los hermanos uterinos.—El padre puede suceder en toda la propiedad personal del hijo.—Colacion de bienes por el heredero legítimo.=IV. Derecho español.—Derecho comun.—Derecho foral.

I.—Derecho francés.

No se hace distincion alguna entre los bienes muebles y los inmuebles.—El moderno Derecho francés no hace distincion entre los bienes muebles y los inmuebles en lo tocante á la sucesion; no hay derecho de primogenitura, ni tienen preferencia los varones sobre las hembras; y muchas de las reglas son iguales á las del Derecho Romano.

Reglas de la sucesion intestada segun el Código Napoleon.—Los hijos y demás descendientes de cualquier grado, varones ó hembras, excluyen á todos los demás parientes, sean ascendientes ó colaterales.

Si el que ha muerto intestado falleció sin descendientes, dejando padre y madre y hermanos ó descendientes de ellos, una

mitad de la herencia pasa á los padres, dividiéndose entre ellos por iguales partes, y la otra mitad pertenece á los hermanos y sus descendientes. Si sólo uno de los padre sobrevive, su porcion se limita á una cuarta parte, y las demás personas mencionadas heredan las tres cuartas partes restantes. Si ninguno de los padres sobrevive, los hermanos y sus descendientes heredan todos los bienes, excluyendo á los ascendientes y colaterales.

Si el difunto no deja hijos ni hermanos ó descendientes de ellos, la sucesion se divide en dos partes iguales entre los ascendientes de la línea paterna y los de la materna.

Los pormenores acerca de las reglas de la sucesion intestada en Francia, pueden verse en el Código civil, artículos 745 al 755.

II.—Derecho inglés.

Sucesion en los bienes raices.—Segun el Derecho inglés y escocés, las reglas de la sucesion en los bienes raíces son completamente diferentes de las que rigen la de los bienes personales. En Inglaterra *descent* (1) significa el título mediante el cual uno adquiere una propiedad territorial como heredero legítimo de una persona difunta, y la misma propiedad se denomina *inheritance* (2).

Estatuto sobre la inheritance.—Segun el Estatuto sobre la *inheritance* (art. 3 y 4, Guillermo IV, cap. 106), que es aplicable á las defunciones ocurridas despues del 1.° de Enero de 1834, el heredero debe probar que desciende, no del último poseedor, sino del adquirente; es decir, de la última persona que adquirió la finca de un modo que no sea por sucesion (*descent*) ó á consecuencia de una desheredacion, particion ó *enclosure*, que hacen que se suceda en los bienes raíces como si se hubieran adquirido por herencia.

Sucede, sin embargo, con frecuencia, que es incierto el

(1) Trasmision por sucesion de los bienes *reales*, que son casi todos los inmuebles y derechos sobre ellos. (N. del T.)

(2) Herencia constituida por bienes *reales*. (N. del T.)

Es tan fundamental en Derecho inglés la division de los bienes en *reales* y *personales*, que lo relativo á los modos de adquirirlos, suceder en ellos, etc., constituye en los Tratados de derecho dos sceiones completamente distintas. (N. del T.)

primitivo adquirente de la finca, y para obviar esta dificultad el Estatuto declara que la última persona que fué dueña de la tierra será considerada como tal adquirente, á ménos que se pruebe que la habia heredado; y la misma regla se aplica á cada uno de los poseedores anteriores en série ascendente. En el caso de no existir heredero alguno del adquirente ó de un antecesor considerado como tal, la sucesion se deriva de la última persona, que ha estado en posesion de los bienes raíces, como si él los hubiera adquirido. No es necesario que haya estado en posesion real y efectiva el adquirente ó la persona considerada como tal (1).

La sucesion arranca del adquirente.—La regla en virtud de la que en todo caso la sucesion (*descent*) debe determinarse arrancando del adquirente, aunque nuevamente introducida por el Estatuto de *inheritance*, se funda en un principio peculiar al Derecho inglés, segun el que nadie tiene derecho á heredar como no sea de la sangre del adquirente. Se atiende al orígen de la propiedad territorial y al antepasado que la adquiriera por un título distinto del de herencia; de suerte que en las fincas que proceden del padre, debian suceder los herederos de parte del padre, y en las procedentes de la madre, los herederos de parte de la misma: *paterna paternis, materna maternis*. Semejante regla no rige en Escocia, pues allí la ley no atiende más que al último posseedor de la finca, y determina quién ha de ser el heredero sin tomar en cuenta de qué antepasado procede la propiedad (2).

Para aclarar la regla inglesa, supongamos que Juan muere siendo dueño de una finca que heredó de su padre Jorge, el cual la habia adquirido por un título que no era el de herencia; en tal caso, el reclamante deberá probar que es heredero, derivando su derecho de su parentesco con Jorge, el padre, y no con Juan, último poseedor. La consecuencia de esta regla es, que ningun pariente de Juan de la línea materna puede como tal heredar la finca; pero si la finca hubiera venido á Juan de su madre, y se puede probar que ésta fué quien primero la adquirió, la sucesion, en tal caso, deberá

(1) Lord St. Leonard, «Practical Treatise on new Statutes relating to Property, 2.ª ed., p. 257.
(2) Stephen, *Com. on the Laws of England*, 4.ª ed., vol. I, p. 388.—Ersk, 3, 8, 01.

determinarse partiendo de ella, y los parientes de Juan de la línea paterna serian excluidos segun el mismo principio.

Reglas de la sucesion.—Segun el Derecho de Inglaterra, las *inheritances* pasan en línea directa *in infinitum* á los descendientes de la última persona que ha estado en posesion de las mismas; el varon es llamado ántes que la hembra, y cuando hay dos ó más varones en igual grado, sólo hereda el mayor; pero las hembras, cuando hay várias y heredan por no haber varones, suceden todas á la vez.

Los descendientes del que ha muerto representan á éste; es decir, que ocupan el mismo lugar que habria correspondido á su antecesor si hubiera vivido. Así que el nieto, sea varon ó hembra, de un primogénito por derecho de representacion, hereda ántes que el hijo más jóven.

A falta de descendientes de la línea, la herencia asciende y desciende á los antecesores y á los parientes colaterales del adquirente. Así, despues de los descendientes, viene el padre como antecesor más próximo de la línea, y hereda con preferencia á un hermano, segun la seccion sesta del Estatuto. A falta de padre, los hermanos y sus descendientes suceden por su órden con preferencia al abuelo; y los bienes no pasan á ningun antecesor más remoto miéntras no se agote la descendencia del padre.

El antecesor más próximo en la línea es heredero del adquirente con preferencia á todos sus propios descendientes y á los antecesores de la línea más remotos y á los descendientes de ellos, fuera de él mismo, y los descendientes de dicho más próximo antecesor heredan despues de él, caso de que él faltara. Además, los ascendientes paternos de la persona de quien deba arrancar la sucesion y sus descendientes, son siempre preferidos á los antecesores maternos y sus descendientes.

Entre los colaterales de un adquirente, el pariente de media sangre hereda despues de un pariente en el mismo grado de doble vínculo y de sus descendientes, cuando el antecesor comun es varon; y despues de este antecesor comun, cuando es hembra. Así, el medio-hermano de parte de padre hereda despues de las hermanas de doble vínculo y de sus descendientes, y el medio-hermano de parte de la madre hereda despues de la madre. Antes del Estatuto sobre *inheritances*, los parientes

de media sangre eran totalmente excluidos. Los colaterales de media sangre del último poseedor, que no era primer adquirente, heredarán arrancando la sucesion del adquirente de quien son parientes de doble vínculo, en virtud del principio segun el que en todo caso debe determinarse la sucesion partiendo del primer adquirente.

Finalmente, en la línea ascendente y en la colateral la estirpe del varon se prefiere á la de la hembra; es decir, que los antecesores masculinos y sus parientes, por remotos que sean, son llamados ántes que los antecesores del sexo femenino y los suyos, por próximos que sean, salvo el caso en que los bienes inmuebles procediesen de una hembra.

Estas reglas de sucesion las hemos tomado, empleando cási las mismas palabras, de Lord St. Leonard, «Tratado Práctico de los nuevos Estatutos relativos á la propiedad», en el que se comparan «las reglas tales como las espone Blackstone» y «los de la nueva Legislacion que está cimentada en la antigua.» Recomendamos á nuestros lectores esta obra, que contiene la mejor exposicion que se ha hecho de este difícil asunto (1).

Hay en algunas comarcas de Inglaterra dos modos anómalos de sucesion (*gavelkind* y *borough english*); pero en otra parte hemos explicado ya la naturaleza de estas *costumbres* (2).

Distribucion de los bienes personales.—Descendientes y viuda.—En la distribucion de los bienes *personales* de un intestado, el Derecho inglés concede la preferencia, como el Derecho Romano, á los hijos y demás descendientes, sólo que incluyendo tambien á la viuda, si la hubiera y sobreviviera. Al año de la muerte del intestado, sus bienes *personales* se distribuyen de la siguiente manera: una tercera parte pasa á la viuda, y lo restante, por iguales partes, á sus hijos, ó si éstos hubieran muerto, á sus representantes, es decir, á sus descendientes; si no hay hijos ó descendientes de hijos, entónces una mitad es para la viuda y la otra mitad para los parientes más próximos en grado y sus representantes; si no hubiera viuda, suceden en todo los hijos; si no hubiera viuda ni hijos,

(1) *Practical Treatise*, 2.ª ed., p. 264.
(2) Véase la p. 161.

se distribuye todo entre los parientes más próximos de grado igual y sus representantes. Entre los descendientes, los hijos representan á sus padres *ad infinitum*; pero entre los colaterales no se admite la representacion más allá de los hijos de los hermanos del intestado.

Los parientes del lado del padre y los por parte de la madre tienen igual derecho.—Para determinar la proximidad del parentesco, con arreglo al Estatuto sobre *Distribuciones*, los grados de propincuidad se calculan segun la computacion del Derecho Romano, y los parientes del lado de la madre suceden como los parientes del lado del padre, si todos son del mismo grado.

El heredero legítimo puede suceder en los bienes personales.—El *heredero legítimo* (1), si es un descendiente, tiene derecho en la *distribucion* de los bienes *personales* á una parte igual á la de los demás hijos, sin que se le tome en cuenta el valor de los bienes raíces que haya recibido por sucesion (*descent*), ó de otra manera, del que ha muerto *ab intestato*; pero si dicho *heredero legítimo* hubiera recibido de su padre por adelantado bienes personales, éstos se le computan al determinar su porcion. Si uno de los hijos que no sea el primógenito, hubiera recibido en concepto de anticipo bienes *personales* ó *reales* del padre, esto se considera como una parte de la porcion que corresponda á tal hijo.

Derecho del viudo á los bienes personales de la mujer.—Cuando una mujer casada muere intestada, el viudo tiene derecho á administrar sus bienes personales y á percibir sus productos y disfrutarlos, ya tenga hijos ó no; pero si el marido estuviera separado judicialmente de su mujer, los bienes personales de ésta pasan á sus próximos parientes, como si fuera soltera. De otro lado, si se hubiesen asignado bienes personales á una mujer para su propio uso y el de sus parientes próximos despues de su fallecimiento, excluyendo expresamente al marido, como si hubiera de morir aquella soltera, los próximos parientes de la mujer la suceden con exclusion del cónyuge.

(1) El *heir-at-law*, el heredero llamado por la ley á la sucesion de los bienes *reales*. (N. del T.)

Derechos de la viuda.—En otra parte hemos explicado ya los derechos de la viuda á los bienes *personales* del marido que fallece intestado. Segun el *derecho comun*, la mujer no tiene derecho á parte alguna de los bienes *personales* del marido, el cual, segun hemos expuesto, puede dejar por testamento toda su propiedad á un extraño; pero si falleciera intestado, tiene aquella derecho á una parte, segun el Estatuto de *Distribuciones*, á ménos que no se hubiera dejado sin efecto este derecho en un contrato celebrado ántes de contraer matrimonio.

Derechos del padre.—Cuando el que muere *ab intestato* no deja viuda ni hijos, su padre, como más próximo pariente, tiene derecho á todos los bienes *personales*. Si no dejara hijos, pero sí viuda y padre, la propiedad personal se divide por mitad entre éstos.

Derechos de la madre.—Antes del Estatuto de Jacobo II (1, c. 17), si una persona fallecia intestada sin dejar viuda, hijo ni padre, su madre, como más próximo pariente, debia heredar todos sus bienes *personales;* pero se estableció por aquel Estatuto, sec. 7, que «si despues de la muerte del padre falleciera intestado alguno de sus hijos sin dejar viuda ni descendientes, y viviera su madre, cada uno de los hermanos y sus representantes tendrian derecho á una porcion igual á la de aquella.» El motivo de esta disposicion era que, segun el derecho anterior, la madre podia casarse otra vez y trasmitir toda su propiedad al segundo marido.

Si el intestado falleciera sin dejar mujer, ni hijo, ni padre, ni hermanos, ni sobrinos, sucede la madre en todos los bienes personales.

Los hermanos son preferidos al abuelo.—Los hermanos del intestado son preferidos á los abuelos, aunque todos ellos son parientes en segundo grado. Los abuelos, como parientes más próximos, excluyen á los tios. Los tios y los sobrinos, como parientes que son todos en tercer grado, heredan por iguales partes. Si el intestado dejara un hermano y vários hijos de un hermano difunto, estos hijos tomarán una mitad de los bienes personales, y su tio la otra mitad; pero si los hermanos todos del intestado hubieran muerto dejando hijos, los sobrinos heredan todos por derecho propio, *per capita*.

Los medio-hermanos concurren con los hermanos de doble vínculo.—Los medio-hermanos concurren con igual derecho á la sucesion de la propiedad *personal* del intestado con los hermanos de doble vínculo. En este particular el Derecho inglés difiere del Derecho Romano y del escocés.

Excepcion hecha de la viuda, el parentesco de afinidad no da derecho alguno de sucesion con arreglo al Estatuto.

El Estatuto de *distribuciones* respeta las costumbres de la ciudad de Lóndres, de la provincia de York y de otras comarcas, ordenando que se guarden como siempre. Pero aunque la costumbre queda en vigor respecto de la sucesion intestada, cualquiera puede disponer por testamento de todos los bienes *personales*, habiéndose quitado todas las limitaciones que existian de la facultad de testar.

III.—Derecho escocés.

Sucesion en los bienes raíces.—En la sucesion de los bienes raíces en Escocia *ab intetsato*, el heredero debe derivar su descendencia, no del último adquirente como en Inglaterra, sino del último poseedor. Los descendientes son preferidos á todos los demás parientes: los varones á las hembras, y el varon mayor al menor, miéntras que las hembras que están en el mismo grado suceden por igual y se llaman *heirs-portioners*.

Descendientes.—Los bienes pasan primero al primogénito y á sus descendientes, sean varones ó hembras; despues al hijo segundo y los suyos, varones ó hembras; y luégo á todos los demás hijos por órden de edad. A falta de hijos y descendientes de ellos suceden las hijas por partes iguales, y los descendientes de cada hija que haya fallecido ántes que el muerto *ab intestato* toman la parte que habria correspondido á la madre. Si no hay descendientes inmediatos, son llamados los nietos, y despues de ellos los biznietos, y así *ad infinitum*, heredando los varones ántes que las hembras, y el varon de más edad ántes que el más jóven.

Hermanos y sus descendientes.—Cuando no hay descendientes, heredan los colaterales, ocupando los hermanos ger-

manos el primer lugar. Si el difunto era el hermano mayor, la propiedad va al hermano inmediato en edad; pero cuando el difunto deja hermanos de más y de ménos edad que él, los bienes, si son patrimoniales (*heritage*), pasan al hermano inmediatamente más jóven, y no al de más años, con arreglo á la máxima de que los bienes patrimoniales descienden; y si el difunto fuera el más jóven, la sucesion va al hermano más próximo en edad á él, lo cual se considera que es el menor desvío posible de la regla general. Si no hubiera hermanos germanos, las hermanas germanas suceden por partes iguales, y luégo los hermanos consanguíneos, uno despues de otro, en el mismo órden que los hermanos germanos, y á falta de ellos las hermanas consanguíneas por partes iguales. Los hermanos uterinos varones y hembras están completamente excluidos de la sucesion de los bienes raíces.

Derechos del padre.—Despues de los hermanos y sus descendientes viene, como segundo en órden, el padre, el cual hereda los bienes raíces como más próximo pariente en la línea de ascendientes, y despues de él sus hermanos y hermanas, por su órden, y luégo el abuelo paterno, y á falta de éste sus hermanos y hermanas, y así se continúa ascendiendo miéntras se pueda determinar el parentesco.

Exclusion de la madre y sus parientes.—Segun el Derecho escocés, la propiedad territorial nunca asciende á la madre ó sus parientes, no obstante suceder los hijos á aquella. Ni áun la finca de la madre, en posesion de la cual ha entrado su hijo, pasa á los parientes que fundan su reclamacion en su parentesco por el lado de la madre. No habiendo herederos en ninguno de los tres órdenes de sucesion, la Corona sucede como *ultimus heres*.

Derecho de representacion.—En la sucesion de inmuebles hay derecho de representacion, segun el cual, si ha fallecido uno que al vivir hubiera heredado, ocupan su lugar los descendientes por su órden. Así, si un primogénito muriese ántes de abrirse la sucesion, el nieto, varon ó hembra, hijo de aquel, excluia al hijo más jóven.

Herederos en los bienes adquiridos.—Se hace una distincion entre los bienes en que el difunto ha sucedido como heredero de su padre ó de otro pariente, los cuales se denominan

en sentido extricto bienes *propios* (*heritage*) y los *adquiridos* por aquel por *conquest*, es decir, no por sucesion, sino por compra, donacion ú otro título singular. Esta distincion rige en el caso de no dejar el difunto descendientes y sí hermanos de más edad y más jóvenes que él, ó descendientes de tales hermanos, ó dos ó más tios de más y ménos edad que el padre del finado ó descendientes de ellos. En semejantes casos, los bienes *propios* ó *patrimoniales* (*heritage*) pasan ó descienden al hermano inmediatamente más jóven del difunto, ó al hermano inmediatamente más jóven de su padre; pero los bienes *adquiridos* (*conquest*) ascienden al hermano ó tio inmediatamente mayor. Cuando el difunto es el hermano menor, y deja dos mayores, el más jóven de éstos es el heredero, tanto de unos bienes como de otros.

No se hace esta distincion en la sucesion femenina, la cual se divide por iguales partes entre las coherederas, *heirs-portioners*, como se llaman en Escocia. Si se trata de la herencia de una hembra, el hermano germano excluye á la hermana germana, y el hermano inmediatamente mayor sucede en los bienes *adquiridos* y el inmediatamente menor en los *patrimoniales*. Los bienes *adquiridos* no ascienden más que una vez, porque cuando se ha sucedido como heredero en ellos, adquieren el carácter de *patrimoniales*; y en tal concepto, al fallecimiento de aquél descienden en la forma ordinaria.

Distribucion de los bienes personales.—Lord Stair esplica de este modo el Derecho escocés tocante á la sucesion intestada de bienes muebles ántes de los cambios introducidos por el Estatuto 18, Vict., c. 23 (25 de Mayo de 1855): «La sucesion en los muebles de uno que muere *ab intestato*, pertenece á los más próximos parientes *agnados* de doble vínculo del difunto, ya sean varones ó hembras, que son los parientes de grado más próximo por parte del padre del finado, sin primogenitura ni derecho de representacion; y, por tanto, aquellos que estén emparentados con el difunto por doble vínculo excluyen á los agnados de un sólo vínculo.»

Exclusion de los cognados.—Aquí debe notarse, y este es el rasgo más singular de la Legislacion escocesa, que la dis-

tingue del Derecho Romano y del inglés (1), que la sucesion intestada en los bienes muebles se limitaba á los agnados, varones ó hembras, que eran parientes del lado paterno, excluyendo completamente á los cognados ó parientes del lado materno. Por estraño que parezca, la madre no podia suceder á sus propios hijos, y todos los parientes de aquella eran excluidos igualmente. Segun el Estatuto de 1855, se admitió el derecho de representacion en la sucesion de los muebles, se mejoró verdaderamente la condicion del padre y se concedió á la madre en ciertos casos derecho á una parte de los bienes muebles de sus hijos. Pero con la excepcion de las asignaciones hechas á los hermanos uterinos y sus descendientes, de que trataremos despues, todos los parientes que podian fundar su derecho en el parentesco con la madre del intestado, ya fueran ascendientes, ya colaterales, se excluyen todavía hoy de la sucesion, y los más próximos parientes llamados á la sucesion deben buscarse entre los agnados, varones ó hembras, que son parientes del difunto por el lado paterno.

Las reglas de la sucesion intestada de bienes muebles, segun el Derecho actual vigente, son las siguientes:

Descendientes.—Los descendientes más próximos, varones y hembras del mismo grado, suceden por partes iguales y tienen derecho de representacion. Antiguamente no habia este derecho á la sucesion de bienes muebles; pero se ha dispuesto despues que los hijos de un próximo pariente que falleciera ántes que el difunto, ocuparan el lugar de su padre en la sucesion con una restriccion, segun la que «no se admite la representacion entre los colaterales más allá de los descendientes de hermanos.»

Derechos del padre y de la madre.—Si no habia descendientes, los hermanos germanos, varones ó hembras, y sus descendientes, y los hermanos del lado paterno y los suyos, eran ántes llamados á la herencia con preferencia al padre; pero esto se ha modificado por las siguientes disposiciones dictadas en favor de los padres: «Cuando una persona muere intestada ántes que su padre y sin dejar descendencia, el padre tendrá

(1) Nótese que los términos *agnados* y *cognados* no significan en el Derecho escocés lo mismo que en el Romano. (N. del T.)

derecho á la mitad de los bienes muebles, con preferencia á los hermanos ó sus descendientes que hayan sobrevivido al intestado. De igual modo, «cuando el que muera *ab intestato* no deje descendientes, ni padre, y sí madre, esta tendrá derecho á una tercera parte de los bienes muebles, con preferencia á los hermanos ó sus descendientes, ó cualesquiera otros próximos parientes del intestado.»

Hermanos.—Cuando el intestado fallece sin dejar sucesion, y sus padres han muerto ántes que él, sus hermanos germanos y sus descendientes suceden en todos los bienes personales; y á falta de ellos, son llamados los hermanos del lado paterno y sus descendientes, pues el doble vínculo es preferido todavía en Escocia á la media sangre, á pesar de regir una regla diferente en Inglaterra.

Derechos de los hermanos uterinos.—Tocante á los hermanos uterinos, que en union de todos los parientes por la madre estaban enteramente excluidos de la sucesion en los bienes muebles, así como de la de los *patrimoniales*, se ha establecido la siguiente regla: «Cuando uno muere *ab intestato* sin dejar descendientes, ni padres, ni hermanos germanos ó consanguíneos, ni descendientes de ellos, pero sí hermanos uterinos, ya solos, ya con descendientes de otros hermanos uterinos, tendrán derecho á una mitad de los bienes muebles. Como ya hemos dicho en otra parte, todos los parientes por parte de la madre, aparte de esta sola excepcion, están excluidos de la sucesion (1).

El padre puede suceder en toda la propiedad personal del hijo.—Cuando el finado no dejaba descendientes, ni hermanos ó descendientes de ellos, el padre, ántes del Estatuto (18 Victoria, c. 23), tenia derecho á todos los bienes muebles como más próximo ascendiente; derecho que ha quedado intacto, pues no ha sido modificado por las disposiciones del Estatuto, el cual, por otra parte, no habiendo descendientes, da al padre

(1) Decia Lord Keeper Williams que «las imperfecciones antiguas son ménos peligrosas que los ensayos nuevos.» Pero no debe exagerarse esta doctrina, y no es fácil explicar cómo la injusta exclusion de los parientes por el lado de la madre de la sucesion *ab intestato* ha sido por tanto tiempo un borron del Derecho escocés. La distincion entre agnados y cognados debia desaparecer, asimilando así el Derecho escocés al de Inglaterra.

una mitad de los bienes muebles del difunto con preferencia á los hermanos ó sus descendientes.

Colacion de bienes por el heredero legítimo (*heir-at-law*).—Cuando el intestado deja sólo un hijo, él es á la vez heredero y albacea (1) y no está obligado á la colacion. Pero todo *heredero* que es uno de los próximos parientes, ya sea descendiente ó colateral, está obligado á traer á colacion los inmuebles de que es sucesor ántes de reclamar su parte en los muebles; y cuando lo hace así, se forma una masa con todos los bienes y se dividen por iguales partes entre todos los próximos parientes. Se introdujo esta regla para que el heredero no fuera nunca de peor condicion que los próximos parientes. Si una persona, que á haber sobrevivido al intestado hubiera sido su heredero, muriera ántes que él, el hijo de éste, como heredero del intestado, tendrá derecho á colacionar los bienes reales, al efecto de pedir para sí la parte de bienes muebles que habria podido reclamar su padre, verificando la colacion, si hubiera sobrevivido al intestado.

Jus relictæ y legítima.—Aunque el marido dispone en absoluto durante su vida de los bienes comunes del matrimonio, á su muerte parte de aquellos pertenece á la viuda, *jure relictæ*, y otra parte, llamada legítima, á los hijos; y si bien estos derechos pueden renunciarse, no pueden quedar ineficaces por el testamento del marido. Si el marido deja viuda, y no hijos, una mitad de los bienes personales pasa á la viuda, y de la otra mitad, como perteneciente al marido, puede éste disponer por testamento, y pasa á su más próximo pariente si falleciera intestado. Cuando el marido deja uno ó más hijos, pero no viuda, tienen aquellos derecho á la mitad como legítima, y la otra mitad, que es del padre, pasa tambien á los hijos, si aquel no ha dispuesto otra cosa por testamento. Si deja viuda é hijos, aquella tiene derecho á una tercera parte, *jure relictæ*; otra pasa á los hijos, en concepto de legítima, y de la restante puede disponer el marido.

Si una mujer casada fallece intestada en Escocia, dejando propiedad personal *separada*, que no ha entrado en la comunidad de bienes y está excluida del *jus mariti*, no sucede en ella el marido sobreviviente, sino sus hijos si los tuviera, ó los más próximos parientes.

(1) Es decir, heredero de los bienes inmuebles y albacea (*executor*) que entra en posesion de los muebles para darlos el destino debido. (N. del T.)

IV.—Derecho español.

Derecho comun.—Son herederos legítimos ó *ab intestato*: 1.°, los descendientes, existiendo respecto de ellos el derecho de representacion; 2.°, los ascendientes, escluyendo el más cercano al más remoto, y sucediendo por líneas cuando los hay del mismo grado; 3.°, los colaterales hasta el cuarto grado inclusive, siendo preferido el más próximo, y heredando todos por igual cuando hay vários del mismo grado, salvas algunas excepciones que tiene esta regla general; 4.°, los hijos naturales en la sucesion del padre; 5.°, el cónyuge que sobrevive; 6.°, los colaterales, desde el quinto hasta el décimo grado inclusive; y 7.°, el Estado.

Derecho foral.—Se llama siempre en primer término á los descendientes, consignándose el derecho de representacion. La de Cataluña llama á los hermanos germanos con los ascendientes; las de Aragon y Navarra anteponen la línea colateral á la de los ascendientes en ciertos bienes, conforme al principio: *los propios no suben*, igual al de la regla de la antigua jurisprudencia francesa: *propes ne remontent pas*; en Vizcaya se llama á los ascendientes de la línea de donde proceden los bienes raíces, á falta de descendientes.

En cuanto á los colaterales, en Cataluña heredan hasta los del décimo grado, en la forma romana; en Aragon rige la regla: *paterna paternis*, *materna maternis*, en los bienes hereditarios, y en los adquiridos hereda el pariente más próximo; en Navarra hereda el primogénito la porcion del hermano menor muerto; y en la legislacion de este país, así como en la de Vizcaya, rige el principio de *troncalidad*.

PARTE QUINTA

ACCIONES Y PROCEDIMIENTO CIVIL.

CAPÍTULO PRIMERO.

DE LOS MAGISTRADOS Y JUECES
EN LAS CAUSAS CIVILES.

SUMARIO.=Jurisdiccion.—Competencia.=*Seccion primera: Sistema judicial durante la República.*—Jueces de causas civiles.—Jurisdiccion del pretor.—Procedimiento *in jure*.—Facultades del *judex*.—Facultades del *arbiter*.—*Recuperatores*.—Tribunal centumviral.—Peculiaridades del sistema judicial.—Italia y las provincias.=*Seccion segunda: Sistema judicial del Imperio.*—Nuevas instituciones judiciales.—Facultades del Emperador.—Prefectos pretorianos.—Prefecto de la ciudad.—Italia y las provincias.—*Judices pedanei.*—Cambios verificados por Constantino.

Jurisdiccion.—La jurisdiccion es el poder que el Estado confiere á un magistrado ó juez para conocer y decidir ciertas cuestiones en conformidad con el Derecho, y llevar á efecto los fallos que dicte. Entre los Romanos la jurisdiccion se dividia en voluntaria y contenciosa. La primera se ejercia en aquellos asuntos que no consentian oposicion; la segunda se referia á cuestiones controvertibles que exigian un debate judicial.

Por la jurisdiccion civil se deciden las cuestiones de derecho privado, y por la criminal se juzgan y se castigan los deli-

tos. La jurisdiccion es suprema cuando no cabe apelar de ella á un tribunal superior.

La jurisdiccion es propia ó delegada. La propia es aquella que pertenece á un magistrado en virtud de su cargo; la delegada es la que trasmite el magistrado á otro que funciona bajo su autoridad. A veces, mediante una comision especial, se delega la jurisdiccion en una persona para que entienda en una causa dada, terminando aquella una vez dictada la sentencia.

Cuando se conferia la jurisdiccion á un magistrado Romano, adquiria todas las facultades necesarias para su desempeño. En derecho criminal, era el *imperium merum* el poder de castigar á los delincuentes; el *imperium mixtum* era el poder de llevar á cabo las sentencias ó fallos civiles (1).

Competencia.—La competencia de un tribunal debe distinguirse de la jurisdiccion en general. Aquel término significa el derecho que tiene un tribunal para ejercer en un caso particular la jurisdiccion que le corresponde. Desde los tiempos más antiguos ha sido una regla consagrada que el demandante debia ejercitar su accion ante el tribunal del domicilio del demandado: *actor sequitur forum rei.* Primitivamente este principio regia en todos los casos, ya fuesen las acciones reales, ya personales (2). Una Constitucion imperial declaró despues que la *accion real* debia ejercitarse contra el poseedor en el territorio en donde estuviera situada la cosa en litigio: *ratione rei sitæ* (3). En tiempo de Justiniano, se seguia esta regla en las acciones para revindicar la propiedad; pero la *petitio hereditas* se incoaba ante el tribunal del domicilio del demandado, porque ésta se referia más bien á un derecho abstracto que á las cosas en que consistia la sucesion. Con arreglo á una Constitucion del mismo Emperador, los autores de un delito debian ser procesados en donde se hubiera cometido el acto criminal, y todos los obligados á consecuencia de un contrato en el lugar en donde se hubiera celebrado éste (4).

---

(1) D. 2, 1, 2 y 3.
(2) *De Fresquet*, t. II, p. 401.
(3) C. 3, 19. 3.
(4) N. 69, c. 1.—*De Fresquet*, t. II, p. 519.

Seccion I.—Sistema judicial durante la República.

Jueces de causas civiles.—Entre los Romanos, la potestad de entender en las causas civiles pertenecia al principio á los Reyes, y despues de la expulsion de éstos á los cónsules. Luégo correspondió al pretor, y en ciertos casos á los ediles curules y plebeyos, los cuales estaban encargados de la policía dentro de la ciudad (1).

Jurisdiccion del pretor.—El pretor, que era el magistrado inmediato en dignidad á los cónsules, se elegia anualmente por los *comitia centuriata.* Su principal obligacion era la de funcionar como juez supremo en los tribunales civiles de Roma, y era asistido ó asesorado en determinadas cuestiones de derecho por un consejo de jurisconsultos. Al principio (387 de Roma), no habia más que un pretor; pero en el año 508 se nombró otro, á quien se dió la facultad de resolver todas las cuestiones referentes á los extranjeros (2).

Despues de la conquista de Sicilia, de Cerdeña y de España, se crearon nuevos pretores para administrar justicia en estas provincias. Para juzgar ciertos crímenes se establecieron tribunales permanentes, que eran generalmente presididos por un pretor (3). Llegó á ser costumbre que estos magistrados quedasen en Roma desempeñando su cargo durante un año, despues del cual iban á las provincias, en donde administraban justicia en calidad de pro-pretores, determinándose por suerte el país en donde habia de ir cada cual. El primero de entre ellos fué siempre el *prætor urbanus.* Desempeñaba las funciones de los cónsules durante la ausencia de éstos, y las suyas propias se consideraban tan importantes, que no se le permitia salir de Roma por más de diez dias.

El pretor administraba justicia en el *comitium*, vestia una toga bordada de púrpura, se sentaba en una silla curul é iba acompañado de lictores. Ulpiano nos dice que sus asesores en Roma eran diez: cinco senadores y cinco del órden ecues-

---

(1) Ortolan, *Institutes*, § 1849.
(2) D. I. 2, 3, 27.
(3) Ibid., § 32.

tre (1). Se llamaba con frecuencia jueces á estos asesores; pero ellos no dictaban las sentencias, las cuales se extendian por escrito en nombre del pretor, prévia consulta de aquellos. Beaufort es de parecer que eran lo mismo que los *decemviri litibus judicandis*, que tantas veces mencionan los antiguos autores (2).

Procedimiento in jure.—Segun el sistema judicial vigente durante mucho tiempo en Roma, era deber del pretor, ó de otro magistrado de los que ejercian la jurisdiccion civil, entender en las cuestiones de derecho; y todo lo que se hacia ante él se decia que se habia hecho *in jure*. Cuando el magistrado conocia á la vez del derecho y del hecho, fallando él mismo la causa, el juicio se llamaba extraordinario. Pero en la gran mayoría de los casos, y particularmente cuando las partes no estaban de acuerdo respecto de los hechos, era costumbre que el magistrado no hiciera más que fijar el punto de derecho sobre que versaba el litigio, y que luégo remitiese á un delegado con autoridad para entender en el pleito el averiguar los hechos y el dictar la sentencia segun el resultado de la investigacion.

Habia tres clases de jueces delegados, llamados respectivamente *judex*, *arbiter* y *recuperatores*.

Facultad del judex.—El *judex* no era un magistrado con jurisdiccion: era un ciudadano particular investido por el magistrado con una comision judicial para una causa determinada y sólo para ella (3). Antiguamente era elegido de entre los senadores, y más tarde de la lista oficial de los *judices selecti*, que se componia de personas cuyas circunstancias variaban segun los tiempos. En el reinado de Augusto, el número de los *judices* era de unos 4.000, y desde entónces el *album judicum* comprendió toda las personas con capacidad para ser *judices* tanto en las causas civiles como en las criminales.

Cuando la causa no era de aquellas cuya determinacion tocaba á los centumviros ó al mismo pretor, éste enviaba las partes á un *judex*, que ellas mismas debian escoger en la lista

(1) Ulpian., I. 13.
(2) Beaufort, *Rep. Rom.*, t. II, p. 35.
(3) Ortolan, *Institutes*, t. I, p. 147.

oficial; si no habia acuerdo, el pretor proponia un *judex* ó disponia que se sacara á la suerte. Ambas partes tenian derecho á recusar el *judex* nombrado por el magistrado; pero no sabemos exactamente en qué forma y dentro de qué límites se ejercia este derecho (1).

Como las funciones del *judex* eran públicas, no podia excusarse sino por los motivos consignados en la ley. Despues de prestar juramento de desempeñar fielmente sus obligaciones, recibia del pretor una fórmula, que contenia un resúmen de todos los puntos objeto del litigio, á los cuales tenia que sujetarse; admitia la demanda ó la rechazaba pura y sencillamente, sin que tuviera la facultad de modificarla. Seria un error el creer que el cargo de *judex* se limitaba sencillamente á cuestiones de hecho. Se le exigia, no sólo que investigara los hechos, sino que sentenciara; y al hacer esto se mezclaban las cuestiones de derecho en el asunto más ó ménos segun la extension de las facultades que se le habian conferido. Por este motivo, se le autorizaba para consultar á uno ó más jurisconsultos, para asesorarse en puntos difíciles, y si la cuestion le parecia tan difícil que no podia decidirla, tenia la facultad de abstenerse de fallar, declarando bajo juramento *sibi non liquere* (2).

Facultades del arbiter.—Habia dos clases de árbitros: los que las mismas partes nombraban extrajudicialmente mediante un acto de remision ó sumision, y los que el pretor nombraba en un proceso judicial. Sólo de estos últimos vamos á ocuparnos aquí.

El *arbiter*, lo mismo que el *judex*, podia entender y fallar todos los pleitos ordinarios, y recibia del pretor una fórmula, que le facultaba para dictar sentencia *ex æquo et bono*. Se ha discutido sobre la diferencia entre los deberes de un *arbiter* y los de un juez, mas la definicion de Festus parece resolver estas dudas: *arbiter est qui totius rei arbitrium habet et potestatem* (3). Toda la diferencia entre uno y otro está en la fórmula y sus consecuencias; así es que el *arbiter* en sustancia era un

(1) Ortolan, t. III, p. 478.—*De Fresquet*, t. II, p. 398.
(2) *De Fresquet*, t. II, p. 476.
(3) Festus, v. *Arbiter*.

judex con facultades más extensas, y podia, como el *judex*, pedir consejo á asesores.

Recuperatores.—Además del *judex* y del *arbiter*, habia otros, llamados *recuperatores*, á quienes el pretor acostumbraba á remitir cierta clase de pleitos para que entendieran en ellos y los fallaran. Esta institucion está envuelta en cierta oscuridad. Beaufort es de parecer que cuando el pretor nombraba á una persona para conocer y fallar una causa, se llamaba *judex*; pero cuando para un mismo pleito se nombraban tres ó más personas, se llamaban *recuperatores* (1). Zimmern ha adoptado esta opinion, y añade que estos podian escogerse de entre todos los ciudadanos, y que no era necesario tomarlos de la lista de los *judices selecti*, y además que sólo eran llamados á entender en aquellos asuntos que exigian ser despachados en breve. El número de *recuperatores* nombrados para cada caso era generalmente el de tres ó cinco, y cuando habia entre ellos divergencia decidia la mayoría (2).

Tribunal centumviral.—Los centumviros constituian un tribunal permanente, compuesto de indivíduos elegidos anualmente por cada tribu, y al que pertenecian los decemviros. En el año 512 de Roma, cuando habia treinta y cinco tribus, como cada una nombraba tres indivíduos para el tribunal centumviral, el número total de ellos era 105; posteriormente, en tiempo de Plinio el Jóven, llegaron á ser unos 180.

El pretor presidia este tribunal. Se dividia en cuatro secciones, las cuales, durante la República, eran presididas por los antiguos cuestores, y despues de Augusto por los *decemviri litibus judicandis*. Estas secciones funcionaban separadamente, pero á veces se reunian para constituir un sólo tribunal y entender en cuestiones de gran importancia. Se ponia una lanza, símbolo del dominio quiritario, á la entrada del local donde se reunian los centumviros.

Este tribunal no tenia lo que los Romanos llamaban jurisdiccion. Todos los procedimientos *in jure* se verificaban, en primera instancia, ante el pretor ú otro magistrado que remitia el caso á los centumviros para que entendieran en él y

(1) Beaufort, *Rep. Rom.*, lib. V, c. 2.
(2) Zimmern, *Traité des Actions*, traducido del aleman, por M. Etienne, 1843, part. II, c. 1, § 37.—*De Fresquet*, t. II, p. 399.

sentenciaran, si era de su competencia (1). Por un párrafo de Ciceron sabemos que los centumviros eran competentes para entender en las cuestiones del *status*, de propiedad Romana y de sucesion, abarcando así un círculo vasto de asuntos, lo cual daba grandísima importancia á este tribunal (2).

La fecha de la institucion de los centumviros es incierta. Como otros célebres jurisconsultos, Plinio el Jóven, segun dice en sus cartas, solia abogar ante este tribunal. Se supone que subsistió hasta el fin del Imperio en Occidente, pero habia desaparecido ántes del tiempo de Justiniano (3).

Peculiaridades del sistema judicial.—Por este rápido bosquejo del sistema judicial de Roma durante la República, vemos que adolecia de grandes defectos. Los magistrados superiores se cambiaban anualmente, y las funciones de carácter político se mezclaban con las judiciales. No era necesario que fueran jurisconsultos de profesion, y la misma observacion alcanza á los funcionarios subordinados, como los jueces y los centumviros, á quienes se confiaban causas civiles con la facultad de entender en ellas y fallarlas. No habia entónces en Roma una clase parecida á los jueces de Inglaterra, que son nombrados por la Corona, tienen sus cargos *ad vitam aut culpam*, y están educados para ser intérpretes de la ley, haciendo de esto la ocupacion de toda su vida. Habia una cosa, sin embargo, que contribuia al éxito del sistema Romano, que era la institucion de los asesores, que se escogian de entre los jurisconsultos más notables. Al principio los magistrados tenian la facultad de escogerlos libremente; pero bajo el Imperio adquirieron el carácter de funcionarios asalariados. Los asesores en ningun tiempo tuvieron más que voz consultiva en los asuntos judiciales, y los magistrados no estaban obligados á conformarse con su parecer; pero no puede dudarse de que sus opiniones ejercieron el más poderoso influjo en las sentencias dictadas por aquellos (4).

Italia y las provincias.—Despues que la Italia fué sometida á la supremacía Romana, la jurisdiccion de cada ciudad

(1) *De Fresquet*, t. II, p. 393 á 395.
(2) Cicero, *De Orator.*, 1, 38.
(3) Maynz, § 36.
(4) Sobre los asesores, véase D. I, 22.

con su territorio pasó á manos de los magistrados locales. Se administraba justicia como en Roma. En las provincias el gobernador desempeñaba las funciones del pretor, constituyendo su tribunal en ciertos dias y en determinados puntos de su territorio, y sentenciaba los pleitos, ya directamente, ya remitiéndolos á un *judex* ó á los *recuperatores*. El tribunal se llamaba *conventus*. Los gobernadores se acompañaban de asesores, y eran auxiliados por los *legati*, que ellos mismos escogian ó que nombraba el Senado.

Seccion II.—Sistema judicial del Imperio.

Nuevas instituciones judiciales.—Establecido el Imperio, los cónsules conservaron algunas facultades judiciales hasta el siglo cuarto. La jurisdiccion del pretor duró más tiempo. Se nombraban pretores para entender en cuestiones relativas á fideicomisos, tutela y fisco, variando considerablemente el número de estos magistrados segun las épocas. Augusto le fijó en doce; Tiberio le elevó hasta diez y seis; y Pomponio dice que en su tiempo los magistrados que administraban justicia en Roma eran diez y ocho pretores, además de dos cónsules, seis ediles y diez tribunos del pueblo (1).

Al advenimiento de Augusto tuvieron lugar algunos cambios importantes en las instituciones judiciales de Roma, y nacieron nuevas jurisdiciones bajo el Gobierno imperial.

Facultades del Emperador.—El mismo Emperador era el supremo juez entre los magistrados, y sentenciaba los pleitos, unas veces en primera instancia y otras en apelacion. Cuando el mismo Emperador administraba justicia, era asistido por un Consejo, el cual se componia, en tiempo de Augusto, de dos cónsules, un magistrado de cada una de las distintas categorías que habia, y quince senadores.

Prefectos pretorianos.—Siguiendo en dignidad al Emperador, venian los prefectos pretorianos. Al principio sus obligaciones eran puramente militares; pero despues desempeñaron las funciones judiciales más importantes. Se estableció su jurisdiccion en el reinado de Alejandro Severo. Durante algun

(6) D. I. 2, 34.

tiempo, sus fallos podian ser revisados en apelacion por el Emperador; pero despues se consideraron definitivos, con la sola condicion de que debian dirigirse en forma de una súplica al príncipe. Los prefectos pretorianos se escogian al principio del órden ecuestre y despues entre los senadores.

Prefecto de la ciudad.—La jurisdiccion del Emperador y de los prefectos pretorianos se extendia á todo el Imperio. En el reinado de Augusto el prefecto de la ciudad era un funcionario judicial permanente, cuya jurisdiccion se fué extendiendo gradualmente hasta llegar á entender en las apelaciones de las sentencias de los pretores. En tiempo de Alejandro Severo habia diez y ocho pretores; en el reinado de Valentiniano no habia más que tres. Finalmente, se privó poco á poco á estos antiguos magistrados republicanos de todas sus importantes funciones judiciales, y se fueron confiriendo al prefecto de la ciudad y al prefecto pretoriano, hasta que los pretores, que ántes estaban cási á la misma altura que los cónsules, se vieron reducidos cási tan sólo al cuidado insignificante de la policía de los juegos públicos (1).

Italia y las provincias.—Fuera de Roma, en Italia y en las provincias la jurisdiccion continúaba durante el Imperio dividida entre los magistrados locales y los gobernadores. Pero la competencia de aquellos, que ántes era ilimitada, se circunscribió despues á los pleitos cuyo interés no pasaban de quince mil sestercios (sobre doce mil quinientos reales), y los gobernadores absorbian, en gran parte, su jurisdiccion criminal.

Judices pedanei.—Los *judices pedanei* eran nombrados por el gobernador de una provincia para entender en asuntos de poca importancia. Los que por este motivo eran de su competencia, los resolvian por sí en concepto de jueces permanentes; pero podia apelarse de sus fallos al gobernador. Se ha supuesto que se daba el título de *pedaneus* á éstos jueces, *qui negotia humiliora disceptant*, porque estaban al pié ó terminacion de la escala judicial (2).

Cambios verificados por Constantino.—Para aminorar la

(1) Maynz, § 50 á 53.
(2) C. 3, 3, 5. Constitucion de Juliano.—*De Fresquet*, t. II, p. 423.

influencia de los prefectos pretorianos, cuyo poder á veces infundia recelos al Emperador. Constantino les privó de sus prerogativas militares, limitando sus funciones á asuntos puramente civiles y políticos, y al mismo tiempo que se aumentó su número hasta cuatro, se tuvo cuidado de que no ejercieran su cargo por más de un año. El Imperio se dividió en cuatro prefecturas: Oriente, Iliria, Italia, que comprendia la Sicilia, Cedeña y Africa, y las Gálias, en la que se incluian España é Inglaterra. Cada uno de estos cuatro departamentos estaba á cargo de un prefecto pretoriano, que funcionaba como juez supremo cási siempre en última instancia en los pleitos incoados en su propia prefectura.

Por bajo del prefecto habia *vicarii* investidos de facultades judiciales, que estaban al frente de las diócesis, cada una de las que comprendia muchas provincias, y cada una de estas tenia su capital.

Por último, en las provincias de que se componia la diócesis, el gobernador, llamado *præses* ó *rector*, era juez ordinario y entendia, unas veces en primera instancia, y otras en segunda, pues á él se apelaba de los magistrados municipales y de otros jueces inferiores, tales como los *judices pedanei* y los *defensores civitatum* (1).

En un principio, los *defensores civitatum* tenian jurisdiccion en los pleitos civiles que no excedian de 50 *solidi*, y desde Justiniano de 300, y tenian tambien la facultad de juzgar pequeños delitos ó faltas (2).

---

(1) Beaufort, *Rep. Rom.*, t. I, p. 418-419.—Maynz, t. I, p. 148.
(2) *De Fresquet*, t. II, p. 517.—El Dr. Colquohoun dice que Constantino disminuyó el peso del *aureus*, y lo llamó *solidus*. El valor del *solidus* ó *aureus* del siglo de Justiniano, era de unos sesenta reales.—Summary of Roman Civil Law, t. III, p. 154, 5.

CAPÍTULO II.

MODO DE PROCEDER EN LAS CAUSAS CIVILES.

SUMARIO.=Procedimiento civil.=*Legis actiones*.—Citacion ante el juez.—Procedimiento en el tribunal.=*Sistema formulario*.—Partes de la fórmula.—Citacion y procedimiento.=*Procedimiento extraordinario despues de Diocleciano*.—Citacion y procedimiento.

Procedimiento civil.—Entre los Romanos, la historia del procedimiento civil se divide en tres períodos, á que pertenecen sucesivamente: 1.° el sistema de las *legis actiones;* 2.° el formulario; 3.° el sistema de procedimiento extraordinario: *judicia extraordinaria*.

LEGIS ACTIONES.

Legis actiones.—Antiguamente un proceso sólo podia incoarse mediante ciertas fórmulas sacramentales, llamadas *legis actiones*, probablemente porque se adaptaban extrictamente á las mismas leyes, y el variarlas importaba el vicio de nulidad. Segun Gayo, estas acciones legítimas eran cinco: 1.ª *actio sacramenti;* 2.ª *judicis postulatio;* 3.ª *condictio*; 4.ª *manus injectio*; 5.ª *pignoris capio* (1). Extrictamente hablando, sólo las tres primeras eran verdaderas acciones, pues las dos últimas eran medios de ejecucion.

La *actio sacramenti* derivaba su nombre del depósito que hacia cada una de las partes de cierta cantidad con la cláusula penal de que el que perdiera el pleito perderia su parte del depósito en beneficio del culto público: *ad sacra publica*. Esta accion era á la vez real y personal, de aplicacion muy general, y se extendia á todos los asuntos para los que la ley no prescribia

---

(1) Gayo, 4, 11, 12.

otra. La pérdida de una hoja del manuscrito de Verona nos ha privado del comentario de Gayo sobre la accion *per postulationem*, y poco se sabe del procedimiento de la *condictio*, que es la tercera accion de este sistema (1).

Toda sentencia podia llevarse á efecto por la *manus injectio*, ó prision del deudor, despues del transcurso de treinta dias señalado por la ley de las Doce Tablas. Si el deudor no encontraba un fiador, se le encarcelaba en la casa del acreedor; y si no pagaba la deuda dentro de sesenta dias, se le vendia como esclavo al otro lado del Tíber.

La *pignoris capio* era un modo de embargar la propiedad, y constituia una especie de prenda. Esta accion no se aplicaba á las deudas particulares ordinarias, sino en algunos casos excepcionales referentes al fisco, al servicio militar y á los sacrificios (2).

El sitio en donde se administraba justicia en Roma, era el *Comitium* ó *Forum*. Allí los magistrados superiores presidian sus tribunales sentados en sillas curules. Los magistrados inferiores y los *judices* ocupaban la *subsellia*.

Citacion ante el juez.—En los tiempos primitivos el pleito comenzaba citando el demandante al demandado para que compareciese ante el pretor ú otro magistrado, lo cual se llamaba *in jus vocatio*. Segun la ley de las Doce Tablas, si el demandado se negaba á comparecer, el actor, acompañado de testigos, le llevaba á la fuerza ante el tribunal, á ménos que nombrara un representante solvente: *vindex*.

Procedimiento en el tribunal.—Ante el magistrado se ejecutaban por las partes las antiguas ceremonias que exigia la accion particular utilizada. Si el asunto podia decidirse por el magistrado, ante éste se terminaba. Pero si el litigio no tenia este carácter, el magistrado tenia la facultad de remitir la causa á un *judex*, á los árbitros, ó al tribunal de los centumviros. Ante el juez así delegado eran oidas las partes, se aducian las pruebas, y despues de los alegatos se dictaba sentencia.

El sistema de las *actiones legis* duró desde los tiempos pri-

(1) Gayo, 4, 13, 14.
(2) Puede verse una exposicion más detallada de las *legis actiones* en Gayo, 4, 12, y las Instituciones de Ortolan, t. III, p. 480.

mitivos hasta la época de Ciceron. Se abolieron á consecuencia de la excesiva exactitud que se exigia al incoarlas, y las consecuencias del error en que podia incurrirse á poco que se separaran las partes de las formas prescritas. Un ejemplo notable de esta verdad se encuentra en Gayo. Uno que reclamaba por daños que le habian hecho en sus viñas, perdió el pleito por haber usado el término «viñas» en lugar de «árboles,» pues la ley de las Doce Tablas, conforme á la cual pedia indemnizacion, habla sólo de árboles en términos generales (1).

SISTEMA FORMULARIO.

Sistema formulario—Este sistema era una modificacion del precedente, pero sin sus formas misteriosas y sacramentales. El rasgo esencial del nuevo sistema consistia en una fórmula, que el pretor redactaba despues de oir á las partes, la cual se remitia al *judex* para que con arreglo á ella dictara sentencia; porque en este período, lo mismo que en el precedente, el proceso se dividia generalmente en dos partes, una de las cuales se tramitaba ante el pretor (*in jure*) y la otra ante el juez (*in judicio*). Todas las fórmulas que estaban generalmente en uso se encontraban en el *Album Prætoris*, y se aumentaron de tiempo en tiempo para adaptarse á las exigencias de los casos particulares.

Partes de la fórmula.—La fórmula constaba ordinariamente de tres partes distintas, llamadas *demonstratio*, *intentio* y *condemnatio*.

La *demonstratio* exponia brevemente lo que habia dado lugar al litigio: *res de qua agitur*.

La *intentio* manifestaba la peticion del actor y la cuestion que el *judex* tenia que resolver.

La *condemnatio* daba al juez poder para condenar ó absolver al demandado, segun lo que resultara de sus averiguaciones sobre el asunto. Cuando se suscitaba un pleito para dividir una cosa poseida en comun por ámbas partes, se usaba el término *adjudicatio* en lugar de *condemnatio* (2).

(1) Gayo, 4, 11.—Maynz, § 130.
(2) Gayo, 4, 39, 44.

En ciertos casos, la sustancia de la excepcion alegada por el demandado debia constar en la fórmula. A veces precedian á la fórmula ciertas peticiones ó reservas, favorables á cualquiera de los litigantes, y se llamaban *præscriptiones*, porque se escribian á la cabeza de la fórmula (1).

Debemos hacer notar tambien que en el sistema formulario, la *condemnatio* se daba siempre respecto de una suma determinada de dinero, áun cuando el objeto del pleito fuera la restitucion de una cosa particular.

Para hacer estas explicaciones más claras, trascribiremos aquí el texto de una fórmula dada por Gayo en un caso en que Aulus Agerius demandaba á Numerius Negidius para que le devolviera una mesa de plata que le habia entregado en depósito, y no siendo posible la restitucion, para que le pagara los daños:

«(OCTAVIUS) JUDES ESTO;

»*Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit; qua de re agitur;*

»*Quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet, ex fide bona ejus;*

»*Id judex N. Negidium A. Agerio condemnato, nisi restituat; si non paret, absolvito*» (2).

Segun ya hemos explicado, la sentencia condenatoria obligaba al pago de cierta suma de dinero: *nisi restituat*. El pretor podia fijar la cantidad en la fórmula ó dejar que la fijara el juez. Si la suma fijada en el fallo era suficientemente crecida, tenia más cuenta al demandado, por lo general, devolver la cosa que no pagar los daños, así que indirectamente el demandante conseguia su fin sin quebrantar la regla general.

Citacion y procedimiento.—Segun el sistema formulario, que corresponde al período más floreciente de la Jurisprudencia Romana, las citaciones para comparecer ante el tribunal se hacian al principio verbalmente y despues por escrito (*litis*

(1) Gayo, 4, 1, 30, 131.
(2) Gayo, 4, 47. Los nombres Aulus Agerius y Numerius Negidius se usan frecuentemente en las fórmulas romanas para indicar al demandante ó demandado.—Maynz, § 132.

denunciatio). El demandado que se negaba á acompañar al actor ó dar fianza en seguridad de que compareceria en el dia señalado, era multado; y si no comparecia, el magistrado ponia al actor en posesion de los bienes del demandado.

Cuando ámbas partes comparecian ante el magistrado, el actor exponia la accion que trataba de ejercitar, y su adversario los fundamentos de su defensa y la excepcion que queria que constara en la fórmula. Si el pretor consideraba la accion y la excepcion pertinentes, preparaba la fórmula, y nombraba el juez para que entendiera y fallara el pleito.

Una vez dada la fórmula, en el dia señalado las partes comparecian ante el juez, se oia á los litigantes, se examinaban los testigos, alegaban los abogados de ambos lados, y se dictaba sentencia, concediendo ó negando lo pedido. A seguida de haberse pronunciado la sentencia, las funciones del juez, así como su autoridad, cesaban, pues para la ejecucion era preciso acudir al magistrado (1).

Tal era el curso ordinario del procedimiento segun el sistema formulario. Pero habia casos en los cuales el mismo pretor ú otro magistrado sentenciaban por sí mismos, y estos juicios se llamaban *judicia extraordinaria*.

El sistema formulario duró desde fines de la República hasta el reinado de Diocleciano, (294 d. J. C.) (2).

PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO DESPUES DE DIOCLECIANO.

El sistema del procedimiento extraordinario fué el último, y el único que subsistia en tiempo de Justiniano.

El rasgo distintivo de los *judicia ordinaria* era la separacion de las funciones del magistrado de las del juez. Aun en la época de la República, hemos visto que el magistrado en ciertos casos consideraba necesario ó útil unir estas dos funciones. Se decia entónces que procedia *extra ordinem*, y todos los pleitos tramitados de esta manera se llamaban *judicia extraordinaria*. Los Emperadores sostuvieron invariablemente este modo de procedimiento, no sólo cuando entendian en ape-

(1) Ortolan, *Institutes*. t. III, p. 590.
(2) Ibid., t. I, p. 499.—Maynz, § 131 á 134.

lacion, sino tambien en todos los pleitos en que conocian en primera instancia. En el período de los jurisconsultos clásicos, el nuevo procedimiento fué adoptado en numerosos casos.

Finalmente, lo que ántes se habia mirado como excepcion, despues se vino á establecer como regla general. En medio de la decadencia de las costumbres, los particulares miraban con repugnancia el cargo molesto de *judices* en los pleitos civiles, y llegó á ser cada dia más penoso y difícil el encontrar hombres dotados de la suficiente instruccion y probidad á quienes confiar aquella funcion. Era más grave aún esta dificultad en las provincias. En una Constitucion de Diocleciano, dada en el año 294 (1), se ordenó que los gobernadores provinciales sentenciasen por sí mismos todos los pleitos, sin remitirlos á un juez, á ménos que lo numeroso de los negocios lo hiciera de absoluta necesidad. Despues se promulgaron otras disposiciones, mediante las cuales se estableció el nuevo sistema en todo el Imperio.

Las fórmulas no eran ya necesarias, y despues de haber continuado en uso durante algun tiempo por la sola fuerza de la costumbre, fueron al fin expresamente abolidas por Constantino en el año 342.

Citacion y procedimiento.—En tiempo de Justiniano se citaba al demandado para que compareciera en el tribunal por un escrito llamado *libellus conventionis*, que le notificaba un funcionario del mismo tribunal. Ya no hubo distinciones entre el procedimiento *in jure* y el procedimiento *in judicio*. Todas las cuestiones de derecho y de hecho se debatian ante el mismo magistrado, y la sentencia, si era contraria al demandado, le condenaba unas veces á pagar una cantidad y otras á devolver la cosa en litigio (2).

(1) C. 3, 3, 2.
(2) Maynz, § 135.—*De Fresquet*, t. II, p. 521.

CAPÍTULO III.

DIFERENTES CLASES DE ACCIONES.

SUMARIO.=Definicion de la accion.—Acciones reales y personales.—Civiles y pretorias.—Acciones penales.—*Bonæ fidei et stricti juris*.—Prescripcion de las acciones.

Definicion de la accion.—Segun Justiniano, la accion es el derecho de pedir judicialmente lo que se nos debe (1). Mas el término *accion* se aplica frecuentemente al ejercicio mismo del derecho, y en este sentido se ha definido, diciendo que es la reclamacion judicial hecha para obtener ó recuperar un derecho. El que hace la reclamacion se llama demandante, *actor*, y aquel contra quien se reclama, demandado, *reus*.

Acciones reales y personales.—Entre los Romanos, la division principal de las acciones es la de reales y personales. Una accion real es la que nace de un derecho en la misma cosa, *jus in re*, ya en concepto de dueño, ya en virtud de un derecho distinto del dominio, como el de servidumbre, prenda, hipoteca, etc. La accion personal se funda en una obligacion contraida por otro, y se dirije contra la persona obligada ó contra sus herederos ó sucesores universales. Las llamadas acciones mixtas son aquellas que bajo un concepto son reales y bajo otro personales.

Las acciones reales entre los Romanos comprendian, no sólo todas las cuestiones referentes al dominio y demás derechos reales, si que tambien las que versaban sobre el *status* de las personas, llamadas á veces *acciones prejudiciales* (2). Cuando el objeto de la accion era el recuperar la propiedad de una

(1) I. 4, 6, pr. «Actio nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio quod sibi debetur.»
(2) I. 4, 6, 13.

cosa corporal, llevaba generalmente el nombre especial de *reivindicatio*.

Hay una variedad infinita de acciones personales, segun el carácter diferente de las obligaciones á cuyo cumplimiento se trata de compeler. Estas acciones nacen de contratos ó cuasi-contratos, de delitos ó cuasi-delitos, y á veces de obligaciones que nacen de la misma ley ó de la equidad natural. En el Derecho Romano se usa con frecuencia la voz *condictio* como sinónima de accion personal; pero ántes de la abolicion de las *legis actiones*, aquel término tenía un sentido más especial y técnico.

Civiles y pretorias.—Otra division más conocida de las acciones entre los Romanos era la de civiles y pretorias. Una accion civil se fundaba en una ley, en un decreto del Senado, ó una Constitucion imperial. Una accion pretoria era la que se daba por un edicto del pretor. Segun la regla extricta del Derecho civil, nadie estaba obligado por los contratos ó hechos de otro. Pero el pretor suavizó este rigor en muchos casos en que la equidad ó la utilidad pública lo exigian. Así, por ejemplo, se dió la *actio institoria* contra el principal para obligar al cumplimiento de los contratos celebrados por aquellos de quienes él se servia en calidad de gerentes ó administradores de alguna hacienda, ó de cualquiera otra industria; y la *actio exercitoria* se daba igualmente contra los dueños de un buque, respecto de los contratos de reparaciones necesarias ó de víveres celebrados por el capitan.

Acciones penales.—Se distinguen en el Derecho Romano las acciones *rei persecutoriæ* y las penales. Por las primeras el actor pide sencillamente lo suyo con inclusion del pago de las pérdidas ó daños que haya sufrido. Por las acciones penales, que siempre nacen *ex delicto*, se pide siempre algo más en concepto de penalidad (1).

Bonæ fidei et stricti juris.—Durante el predominio del sistema formulario tenia gran importancia la distincion entre las acciones *stricti juris* y las acciones *bonæ fidei*. En las primeras, la facultad del juez se limitaba á la estricta letra de la ley; en las segundas, que comprendian las acciones que nacian

(1) I. 4, 6, 17 y 18.

de ventas, arrendamientos, sociedades, mandatos y otros contratos bilaterales, se concedia mayor latitud, tomándose más en cuenta las consideraciones de equidad. Habia tambien las acciones *arbitrariæ*, en cuyo caso se conferian grandes facultades discrecionales, más análogas á las de un *arbiter* que á las de un juez.

Prescripcion de las acciones.—La prescripcion de las acciones variaba segun las circunstancias. Algunas acciones penales que concedia el pretor debian ejercitarse dentro del año (1). Por regla general, segun el Derecho del Bajo Imperio, toda accion, fuera real ó personal, caducaba si no se utilizaba dentro de treinta años; el plazo más largo era de cuarenta años, y tenia lugar en un número pequeño de casos excepcionales. Así, que en tiempo de Justiniano no habia ya acciones perpétuas, aunque el término se aplicaba á veces á las acciones de treinta años (ántes perpétuas) en oposicion á aquellas que tenian un período más breve de prescripcion.

(1) I. 4, 12, pr.

CAPÍTULO IV.

DE LOS INTERDICTOS.

SUMARIO.=Naturaleza del interdicto.—Efectos de la posesion.—Diferentes clases de interdictos.—*Uti possidetis et utrubi.*—*Unde vi.*—Derecho inglés y escocés.

Naturaleza del interdicto.—Un interdicto es una órden dirigida por el pretor á otro juez, en la que se manda que una persona haga ó deje de hacer cierta cosa. Procede en los casos en que se necesita la intervencion pronta del tribunal para proteger una propiedad ó un derecho amenazados de una invasion inmediata.

Efectos de la posesion.—La posesion de los bienes muebles es *prima facie* prueba de dominio; y cuando quiera que un derecho ha sido ejercido *de facto* por largo tiempo, un tribunal supondrá siempre, si es posible, que tiene un orígen legítimo. Cuando se disputa acerca de la propiedad de una cosa, el propietario tiene el derecho de continuar en posesion de ella hasta que se haya decidido el punto litigioso; y si ha perdido la posesion por violencia ó engaño, el juez hará que se la devuelvan, procediendo sumariamente. Una persona que está en posesion de una cosa tiene derecho á mantenerse en ella contra todo aquel que no pueda probar mejor derecho á poseer, y por consiguiente *in pari casu melior est conditio possidentis* (1).

Diferentes clases de interdictos.—Segun el Derecho Romano, los interdictos eran: 1.°, prohibitorios, por los que se prohibia hacer algo; 2.°, restitutorios, mandando restituir alguna cosa; 3.°, exhibitorios, por los que se ordenaba exhibir alguna cosa ó persona (2).

(1) «Beati in jure censentur possidentes.» Hein., Inst., lib. IV, tit. 15.
(2) 3, 4, 15, 1.

Entre los interdictos exhibitorios encontramos uno, *de libero homine exhibendo*, que es la garantía de la libertad individual, el cual tenia por objeto impedir que ningun hombre libre fuese detenido por quien quiera que fuese. Cualquiera persona podia entablar este interdicto, pues á nadie se vedaba hacer lo que era favorable á la libertad, y tenia alguna semejanza con el mandamiento inglés del *habeas corpus* (1).

Se concedian los interdictos para adquirir, conservar ó recobrar la posesion (2). Entre los que tenian por objeto adquirir la posesion estaban: 1.°, *quorum bonorum*, por el cual los bienes pertenecientes á una herencia se adquirian por la persona que tenia el derecho de ser *bonorum possessor*, con arreglo al edicto del pretor; 2.°, *salvianum*, por el cual las cosas pertenecientes al arrendatario de una finca rústica se daban en hipoteca al dueño para garantizar el pago de las rentas.

Uti possidetis et utrubi.—Entre los interdictos que tenian por objeto el conservar la posesion se encontraban: el *uti possidetis*, que se concedia al que estaba en posesion de bienes inmuebles, y el *utrubi* que se concedia al que lo estaba en la de bienes muebles. Pero para que fuera procedente este interdicto, la posesion á la fecha del litigio ha de ser legítima y no conseguida de su adversario: *vi, clam, aut precario*, es decir, por violencia, clandestinamente ó mediante una concesion precaria pendiente de la voluntad de su contrario (3).

Unde vi.—El interdicto llamado *unde vi* se daba para que pudiera recobrar la posesion aquel que hubiera sido lanzado por fuerza de una finca rústica ó urbana. Este recurso sólo era aplicable á los bienes inmuebles. En cuanto á los muebles arrebatados por la fuerza, el poseedor podia entablar ya el interdicto *utrubi*, ó la accion *vi bonorum raptorum*, ó la *vi furti* ó la *ad exhibendum* (4). Como se ve, el apoderamiento violento de bienes muebles ó inmuebles se reprimia con rigor en Roma. Segun Ulpiano, en caso de una agresion armada podia rechazarse con la fuerza, no sólo para defender la posesion, sino para recuperarla si se hubiera llegado á perder, con tal que

(1) Ortolan, *Institutes*, t. I, p. 498.
(2) I. 4, 15, 2.
(3) «Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur quamdiu is, qui concessit, patitur.» D. 43, 26, 1, pr. Ulpiano.
(4) I. 4, 15, 4.

esto se hiciera en una sola lucha y sin intervalo (1). Pero cuando semejante agresion se llevaba á cabo con éxito, la persona lanzada para recobrar la posesion tenia que entablar un interdicto.

Despues de la supresion del sistema formulario, las acciones ocuparon el lugar del interdicto y servian para los mismos fines.

Derecho inglés y escocés.—En Inglaterra las *injunctions* (que son lo mismo que los interdictos) se entablan ante el Tribunal de la Cancillería, y con arreglo á Estatutos recientes pueden obtenerse de los Tribunales superiores de *Derecho comun*. En Escocia se interponen los interdictos, mediante un procedimiento sumario, no sólo ante el Tribunal de Sesion, sino tambien ante los *sheriffs* de los condados y otros jueces locales en asuntos comprendidos dentro de la esfera de su jurisdiccion.

(1) D. 43, 16, 3, 9. Ulpiano.

CAPÍTULO V.

DE LA DEFENSA Y OTROS TRÁMITES.

SUMARIO.=Defensa.—Excepciones dilatorias y perentorias.—Réplica y dúplica. *Litis contestatio.*

Defensa.—La defensa la constituyen las alegaciones que hace el demandado contra quien se ejercita una accion, con el intento de impedir que prospere. Este término general comprende las objecciones á la demanda y las excepciones.

Cuando se presenta la demanda al tribunal, el demandado puede admitir los hechos en que se funda, sin hacer oposicion alguna, en cuyo caso se pronuncia el fallo condenándole. Si los niega, el actor debe probar los hechos alegados en apoyo de su demanda: «*ei incumbit probatio qui dicit: non qui negat* (1).»

El demandado tambien puede oponerse á la demanda, no mediante una simple negacion, ó rechazándola como improcedente, sino alegando por su parte algo nuevo que sirva para impedir la accion en todo ó en parte, ó sea, interponiendo una excepcion. Así, en las acciones personales, cuando el demandado alega el pago, ó el cumplimiento, ó la compensacion, ó la extincion, admite que la demanda seria procedente si no fuera por los nuevos hechos por él alegados. Si la excepcion se funda en puntos controvertidos, la prueba corresponde al demandado segun el principio de Ulpiano: «*reus in exceptione actor est* (2).»

Excepciones dilatorias y perentorias.—Las excepciones son dilatorias ó perentorias. Las excepciones dilatorias son aquellas que se interponen contra una accion que es legalmente

(1) D. 22, 3, 2.
(2) D. 44, 1, 50.

procedente, pero que se ejercita en tiempo inoportuno, ó de una manera impropia; como, por ejemplo, si el tribunal no tiene la jurisdiccion necesaria para el caso. Estas excepciones dilatorias deben aducirse *in initio litis;* de otra suerte se considera que se renuncia á ellas. Las excepciones perentorias penetran en el fondo del asunto, y se dice que producen el efecto de *perimere causam*, porque no sólo absuelven al demandado en el pleito pendiente, sino que destruyen por completo el derecho y la accion del actor.

Encontramos vários ejemplos de excepciones en la Instituta de Justiniano (1), tales como la *res judicata*, cuando la cuestion se ha decidido ya por un tribunal competente; la prescripcion, cuando el transcurso del tiempo impide el ejercicio de la accion; y los casos comunes respecto de los contratos que se anulan por haber intervenido fraude, violencia, dolo ó error esencial.

En las acciones de *derecho extricto* durante el predominio del sistema formulario, el *judex* no podia entender en las excepciones que competian al demandado, á ménos que no constaran en la fórmula que le daba el pretor. Pero en las acciones llamadas *bonæ fidei*, que eran de uso frecuente, esta regla no era obligatoria, pudiendo el *judex* admitir todas las excepciones fundadas en una violacion de la buena fé, como el fraude, la violencia ó el error, aunque no se hubieran hecho constar en la fórmula. Cuando el pretor admitia las excepciones, la mayoría de los escritores opinan que se inscribian en la fórmula inmediatamente despues de la *intentio*. El término excepcion se supone derivado de la costumbre de insertarla como una condicion en la fórmula, pues se rechazaba la peticion del actor, si se probaba la condicion.

Réplica y dúplica.—La réplica es la contestacion del actor á una excepcion. Así, si el demandado alegara la compensacion como excepcion á la demanda, el actor puede contestar alegando, al replicar, la recompensacion de una deuda independiente no incluida en la demanda. La dúplica es la contestacion á la réplica. El demandado tenia derecho á ser el último que contestaba.

(1) I. 4, 13.

En Derecho Romano, la *litis-contestatio* era original y propiamente la terminacion del procedimiento *in jure*, cuando el asunto en cuestion se habia preparado para someterlo al conocimiento del *judex*. En un período posterior, en tiempo de Justiniano, en que todas las contiendas jurídicas se ventilaban ante un magistrado, la *litis-contestatio* tenia lugar cuando la causa estaba para admitirse á prueba; es decir, despues que el actor habia formulado su peticion, y el demandado su contestacion ó defensa. Despues de la *litis-contestatio* el asunto en cuestion se hacia litigioso, y ámbas partes estaban obligadas, en virtud de un contrato cuasi-judicial, á someterse al fallo del juez (1).

Todas las cuestiones de Derecho pueden resolverse por el juez, segun su saber y entender; pero tocante á las cuestiones de hecho no puede proceder de este modo, sino que debe sentenciar en vista de las pruebas aducidas: *secundum allegata et probata*.

(1) *De Fresquet*, t. II, p. 472, 3, 520.—Maynz, § 141.

CAPÍTULO VI.

DE LAS PRUEBAS.

SUMARIO.=Tres clases de pruebas.—*Onus probandi.*—Pruebas por escrito.—Prueba de testigos.—Cambios recientes en el Derecho inglés.—Juramento.—Adoptado el juramento en Francia y Escocia.—Juramento *in litem.*—Adoptado en Francia y en Escocia.—Presunciones.—DERECHO ESPAÑOL.

Tres clases de prueba.—Todas las afirmaciones que han sido contradichas por los litigantes, necesitan probarse debidamente. Hay tres modos ordinarios de probar los puntos aducidos: por escrito, por testigos y por el juramento de las partes (1).

Onus probandi.—La prueba corresponde á la parte que aduce un hecho afirmativo, cuando no tiene en su apoyo una presuncion. Pero si la presuncion legal existiera á favor de una parte, la prueba toca al adversario.

Pruebas por escrito.—La prueba por escrito se considera generalmente como la más segura, y se daba gran importancia á los documentos de carácter público, como los que preparaban los oficiales llamados *tabelliones*. Como la palabra es una prueba inferior en grado á la escrita, los Romanos eran muy escrupulosos en admitir que se alterara ó contradijera mediante ella un documento escrito. Así aparece del texto: «*contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur*» (2); y el principio establecido por Paulo: «*testes cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari no possunt*» (3). En algunos casos, sin embargo, se admitia la prueba testifical en contra de un documento escri-

(1) Sobre las pruebas en general, véase: D. 22, 3.—C. 4, 9.
(2) C. 4, 20, 1.
(3) Paul, 5, 15, 4.

to. Se podia tambien apelar á los testigos para probar una falsificacion, y probablemente tambien para probar que una escritura se habia otorgado por fraude ó error.

Prueba de testigos.—Generalmente hablando, la prueba de testigos era una de las admitidas en Derecho Romano. Toda persona podia ser testigo, si no estaba expresamente incapacitada por la ley.

Entre las personas declaradas incapaces de ser testigos, estaban: 1.°, los pupilos; 2.°, los dementes; 3.°, las personas infames; 4.°, las partes en un pleito, y todos aquellos que estuviesen interesados en el resultado, como fiadores y otros; 5.°, los próximos parientes de los litigantes; así el padre no podia ser testigo en favor del hijo, ni el hijo ú otra persona bajo la potestad del padre, en favor de éste; 6.°, los esclavos no podian ser testigos ni en pró ni en contra de sus amos, con excepcion de ciertos delitos, como la tracion, el fraude contra el fisco y el adulterio. Por último, nadie que tuviera grave enemistad con una de las partes, podia ser testigo contra ésta.

Despues de Constantino, en los pleitos civiles los testigos tenian que prestar su declaracion bajo juramento. En general bastaban dos testigos para probar un hecho; pero en algunos casos excepcionales se exigia un número mayor. Cuando los testigos de las partes prestaban declaraciones contradictorias en cualquiera punto, era deber del juez no contar el número de los testimonios de cada lado, sino de considerar quiénes de ellos merecian más confianza segun la conocida regla: «*testimonia ponderanda sunt, non numeranda.*» Raras veces sucede que las pruebas estén tan contrabalanceadas que el platillo no se incline ni de un lado ni de otro. Pero los hechos pueden apoyarse y contradecirse de tal suerte, que á veces se produzca el efecto de dejar el espíritu en un estado de duda ó de equilibrio entre dos conclusiones distintas. Cuando ocurria semejante caso, el Derecho Romano prevenia que la duda cediera en beneficio más bien del demandado que del actor (1).

Cambios recientes en el Derecho inglés.—Una gran revolucion se ha verificado en lo tocante á la admision de testigos en Inglaterra y Escocia. Antes regian las reglas del Derecho

(1) D. 50, 17, 125.—Hein. Pand., lib. 22, tit. 5, § 144.

Romano, y en su virtud no podian ser testigos las partes ni las personas que tuvieran un interés directo en el litigio, así como tampoco aquellos á quienes se consideraba infames por ser reos de ciertos crímenes. Pero Estatutos recientes (1) han derogado estas y otras incapacidades. Mucho se temió que estos cambios abrieran las puertas al perjurio; pero la experiencia ha demostrado que la latitud que el nuevo sistema permite, ha sido altamente beneficiosa, dando medios á los tribunales para averiguar la verdad en una multitud de casos en que ántes se frustraban los fines de la justicia á causa de la exclusion de las personas que conocian mejor los puntos controvertidos.

Generalmente hablando, la admision hecha en juicio de un hecho alegado por el adversario es una prueba concluyente. El valor de semejante admision nace de la suposicion de que el litigante lo ha hecho en daño de su propio interés. Pero en las acciones en que es de temer amaño en las partes, como las causas consistoriales que recaen sobre cuestiones relativas al *status*, deben aducirse pruebas independientes además de la admision del hecho en juicio.

Juramento.—A falta de las pruebas regulares, el Derecho Romano permitia, como último recurso, que una de las partes defiriera, para probar los hechos en un pleito civil, al juramento de su adversario. El rasgo característico de este procedimiento era que se consideraba como una especie de transaccion, en la cual una de las partes aceptaba el resultado del juramento, que se admitia como única prueba del punto en cuestion, y se estimaba concluyente; no admitiéndose, por tanto, ninguna prueba para demostrar su falsedad. Esta apelacion á la conciencia del litigante sólo podia hacerse respecto de los puntos de hecho de que aquel tenia conocimiento personal. Si aquel á cuyo juramento se deferia no estuviera en posicion de poder declarar debidamente sobre los hechos, podia deferir á su vez al juramento de su adversario, y entónces el juez, si lo estimaba oportuno, mandaba que la otra parte dijera quién, en su juicio, habia tenido mejor oportunidad de conocer los hechos.

(1) En Inglaterra, 6 y 7, Vict., c. 85; 14 y 15, Vict., c. 99; 16 y 17, Vict., c. 83; y en Escocia, 3 y 4, Vict., c. 59; 15 y 16, Vict., c. 27; 16 y 17, Vict., c. 20.

Adoptado el juramento en Francia y Escocia.—El juramento de remision tomado del Derecho Romano se ha adoptado en Francia, en donde se llama *serment decisoire* (1). Tambien tiene gran importancia en el Derecho escocés á pesar de las últimas reformas. En algunos asuntos la única prueba admitida es la escrita ó el juramento de la parte; en otros, la prueba testifical; y en general, la referencia al juramento es el recurso de que se vale un litigante á falta de toda otra prueba: «*ubi non deficit jus, sed probatio.*» Segun el Estatuto 16 y 17, Vic., c. 20, s. 5, no puede la parte que haya citado y hecho declarar á su adversario como testigo, deferir despues á su juramento; pero, fuera de esto, tal medio de prueba continúa como se encuentra hoy establecido por la ley y por la práctica en Escocia.

Juramento in litem.—El Derecho Romano admitia otra especie de prueba de un carácter algo anómalo, que se llamaba juramento *in litem*. Una persona, cuyos bienes se habian perdido ó destruido por el delito ó cuasi-delito de otro, era á veces autorizada por el juez para probar el valor y estimacion de aquellos mediante su propio juramento prestado en el pleito civil entablado contra el culpable. Así, en los casos fundados en el edicto *nautæ, caupones, stabularii*, en que los armadores y posaderos son responsables, *quasi ex delicto*, de la pérdida ó daño hecho á las mercancías ó equipajes confiados á su cuidado, se admitia el juramento del actor como suficiente para probar el número y valor de los efectos perdidos ó destruidos, cuando no se podia obtener la prueba de otro modo. El juramento *in litem*, á pesar de ser una prueba muy dudosa, se ha adoptado, tanto en el Derecho francés, como en el escocés (2).

Presunciones.—Antes de terminar este punto relativo á las pruebas, haremos algunas observaciones sobre las presunciones, que se dividen generalmente en tres clases, segun el grado de su fuerza probatoria. La primera comprende aquellas reglas de derecho puramente artificiales que no admiten contradiccion mediante prueba en contrario, y que los co-

(1) *Código Napoleon*, art. 1357.
(2) *Código Napoleon*, art. 1366.—Dickson, on Evidence, 762.

mentaristas llaman *præsumptiones juris et de jure*. Es una de ellas, por ejemplo, la regla de que el niño nacido despues de los diez meses de la disolucion del matrimonio, no es hijo legítimo del marido.

Otra clase de presunciones, llamadas *præsumptiones juris*, son consecuencias ó deducciones sacadas de una disposicion de la ley, y en ella se incluyen todos aquellos casos en que el Derecho presume un hecho de que no hay prueba, cuando no la hay en contrario. El Derecho Romano reconoce muchas pruebas de este género. La propiedad de los bienes muebles se presume ser de quien está en posesion de ellos; un documento que acredita una deuda, encontrado en poder del deudor, sirve de fundamento á la presuncion de que ha sido pagado; *debitor non presumitur donare*, etc. Todas estas presunciones pueden rechazarse mediante prueba contraria; y si á una presuncion de derecho se opone otra, el tribunal debe resolver cuál es la más fuerte. Como ya se ha dicho, cuando la presuncion jurídica está de un lado, la prueba corresponde á la otra parte. Así se presume siempre que una letra de cambio se ha dado mediante una causa de deber; pero se admite la prueba que presente el demandado de que no ha sido así.

Otra clase de presunciones llamada *præsumptiones facti seu hominis*, son las presunciones naturales, meramente de hecho, que se derivan de las circuntancias especiales de cada caso, y respecto de las cuales la ley ha dejado la apreciacion de su fuerza probatoria al criterio del juez. Tienen lugar cuando se hace la prueba directa de un hecho ante un juez ó jurado como prueba probable de la que se puede inferir otro hecho.

Derecho español.—Los medios de prueba de que puede hacerse uso en los juicios, son: 1.° documentos públicos y solemnes; 2.° documentos privados; 3.° correspondencia; 4.° confesion en juicio; 5.° juicio de peritos; 6.° reconocimiento judicial, y 7.° testigos. Todo litigante está obligado á declarar bajo juramento, cuando así lo exigiere el contrario, debiendo hacerlo, á eleccion de éste, bajo juramento decisorio ó indecisorio. Los jueces y tribunales aprecian, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.

CAPÍTULO VII.

DE LAS SENTENCIAS Y SU EJECUCION.

SUMARIO.—Fallos interlocutores y definitivos.—Ejecucion de las sentencias en los primeros tiempos.—Ejecucion segun el nuevo Derecho.—DERECHO FRANCÉS, INGLÉS Y ESCOCÉS.—Derecho francés.—Derecho inglés.—Derecho escocés.

Fallos interlocutorios y definitivos.—Un fallo ó sentencia interlocutoria es la decision de un punto incidental, que no termina la causa. Un fallo definitivo es aquel que pone fin al pleito, determinando todas las cuestiones que son objeto del litigio. Es una regla consagrada, que toda sentencia legalmente dictada por un tribunal competente, aunque sea errónea, debe acatarse hasta que otra autoridad superior la revoque. Durante el Imperio toda sentencia debia escribirse y luégo firmarse por el juez, se protocolizaba, y se daba una copia á las partes. En Oriente, despues de Arcadio, las sentencias podian redactarse en Griego; pero el uso del latin se mantuvo en Constantinopla hasta el tiempo de Justiniano (1).

Ejecucion de las sentencias en los primeros tiempos.—Dictada la sentencia, se daba al deudor un plazo de treinta dias para que pagase la deuda, segun la ley de las Doce Tablas. Á la espiracion de aquel plazo, el pretor le asignaba al acreedor, y éste le tenia encadenado durante sensenta dias, en cuyo trascurso de tiempo se le mostraba públicamente en tres dias de mercado, haciendo saber la suma que debia; y entónces, si nadie libertaba al deudor pagando la deuda, el acreedor podia venderlo como esclavo á los estrangeros. Cuando habia vários acreedores, segun la letra de la ley podian dividirse en pedazos el cuerpo del deudor, y distribuirlo

(1) C. 7, 45, 12.—Lydus de Magis., II, 12; III, 11, 20, 42.

entre sí en proporcion de sus créditos; pero algunos escritores sostienen que las palabras *partes secanto* deben interpretarse en un sentido figurado, y que se referian á la division del precio cuando se vendia el deudor. No cabe duda de que el deudor que era *addictus*, podia ser vendido como un esclavo; pero, segun Aulo Gellio, no llegó á darse el caso de que se le matara (1).

Tal era el derecho en este punto con arreglo á las Doce Tablas. La ley *Pœtelia Papiria*, dada en el año 428 de la fundacion de Roma, introdujo una modificacion importante en la responsabilidad de los *nexi* que voluntariamente comprometian su persona en garantía de dinero prestado (2). Pero la *addictio* del deudor, en virtud de la que se le declaraba formalmente propiedad del acreedor por sentencia judicial, continuó aún en vigor, aunque otras instituciones hicieron esta costumbre cada vez más rara.

El pretor daba un plazo de dos meses para el pago de la deuda ordenado en la sentencia; Justiniano estendió el plazo á cuatro meses, que se daban al demandado y sus fiadores; transcurridos los cuales, se reducia á prision al deudor, no en la casa del acreedor como se hacia antiguamente, sino en la cárcel pública.

En tiempos posteriores la propiedad del deudor podia embargarse y venderse para el pago de la deuda objeto de la sentencia, mediante la *missio in possessionem*, que los acreedores obtenian del pretor. Al principio, prévia la publicacion de anuncios, se vendian en masa todos los bienes del deudor al que ofreciera mayor cantidad para pagar á los acreedores en proporcion á sus respectivos créditos. Mas tarde los bienes del deudor se vendian separadamente, unas veces por los acreedores, y otras por un *curator bonis* que ellos nombraban. Á todos los acreedores que se presentaran dentro del plazo de-

(1) Aulus Gellius, XX, 1.

(2) Ha sido objeto de controversia entre los romanistas la verdadera condicion del *nexus*. Un *nexum* era la trasmision de una cosa mediante la forma de venta *per œs et libram*. Algunos creen que una persona *sui juris* podia darse en esta forma en prenda de una deuda. Mediante esta enajenacion la persona del deudor se hacia de la propiedad del acreedor. *Nexi datio* expresaba el contrato, y *nexi liberatio* la extincion de la obligacion. Savigny y otros escritores rechazan el que un ciudadano Romano pudiera venderse ó darse en prenda.—Maynz, *Droit Romain*, vol. II, p. 499, nota.

bido, se les pagaba á prorata con lo que hubiera producido la venta, en virtud de la prenda pretoria que la *missio in possessionem* conferia por igual á todos ellos; pero se reservó por entero la preferencia que tenian los acreedores hipotecarios, cuyo derecho fuera anterior al periodo del concurso fijado por el decreto del pretor.

Ejecucion segun el nuevo derecho.—En la época de los jurisconsultos clásicos, el acreedor judicialmente reconocido podia adoptar tres modos de ejecucion contra su deudor: 1.° encarcelándole; 2.° embargando y vendiendo sus bienes muebles; 3.° embargando y vendiendo sus bienes inmuebles. Todos estos modos de ejecucion podian emplearse á la par. Despues de la abolicion del sistema formulario, cuando uno obtenia una sentencia por la que se ordenaba la restitucion de una cosa dada, podia ser puesto en posesion de la cosa, *manu militari*, si así lo solicitaba (1).

II.—Derecho francés, inglés y escocés.

Derecho francés.—En Francia, la prision por deudas á consecuencia de un juicio está prohibida por el Código civil, salvas algunas pocas excepciones (2); pero el Código de comercio la autoriza cuando la deuda es mercantil y la suma llega ó pasa de 200 francos. Pero mediante ciertas formalidades se hace la deuda mercantil, y así se elude la ley. Los mayores de setenta años no pueden ser reducidos á prision por deudas mercantiles. La duracion de la prision varía de uno á cinco años segun la importancia de la deuda. Segun el artículo 2,062 del Código Napoleon, la prision por falta de pago de rentas no procedia sino cuando se habia estipulado así en el arrendamiento; pero por el art. 2.° de la ley de 13 de Diciembre de 1848, se dispuso que en adelante no se podia consignar semejante cláusula en los arrendamientos de fincas rústicas.

Derecho inglés.—En Inglaterra ningun deudor, generalmente hablando, puede ser reducido á prision por una deuda

(1) 2, 4, 17, 12.—D. 6, 1, 68.—Maynz, § 115.

(2) *Código Napoleon*, art. 2059 y sig.

de ménos de veinte libras (1), ni puede el acreedor utilizar todos los medios de ejecucion á un tiempo. «La regla general es, que la prision es una satisfaccion de la deuda, á ménos que el deudor muera en la cárcel, se escape ó se rescate; y de aquí que, despues de empleado aquel modo de ejecucion, el acreedor no puede pedir el embargo de sus bienes. Asímismo, cuando el mandamiento de embargo contra los bienes inmuebles se ha efectuado, no se podia pedir contra la persona ni contra los bienes muebles del deudor. Pero despues de proceder contra los bienes muebles, se puede proceder contra la persona ó los muebles del deudor.»

Los tribunales de los condados en Inglaterra pueden reducir á prision al deudor sin bienes, y que no paga dentro del plazo mandado, pero cuando más por cuarenta dias, si se prueba que la deuda se contrajo fraudulentamente ó sin una esperanza racional de tener medios para pagar. Esta prision, sin embargo, no es un modo de satisfacer la deuda (2).

Derecho escocés.—En Escocia, la prision no procede tratándose de una deuda ordinaria de ménos de ocho libras, seis chelines y ocho peniques (3); pero todos los modos de ejecucion pueden emplearse á la vez; así que el acreedor puede pedir la prision del deudor, el embargo de sus bienes muebles y la adjudicacion de los inmuebles, todo al mismo tiempo y por la misma deuda (4).

---

(1) Unos dos mil reales.

(2) Compendium de Paterson, p, 399 y 417.

(3) Unos ochocientos treinta y tres reales.

(4) Por la ley de 22 de Julio de 1867 se abolió en Francia la prision por deudas en materia civil y mercantil, manteniéndose en la esfera criminal, correccional y de policía. En Inglaterra se abolió en 1870, manteniéndose tan sólo en el caso de que se probara que el deudor podia pagar, pero no queria. En España no existe la prision por deudas. (N. del T.)

CAPÍTULO VIII.

DE LAS APELACIONES.

SUMARIO.—Durante la República no habia apelaciones en las causas civiles.—Apelaciones durante el Imperio.

Una apelacion es la solicitud dirigida al juez superior para que revise el fallo del inferior en la inteligencia de que es informal ó erróneo. La apelacion produce generalmente el efecto de suspender la ejecucion de la sentencia miéntras no se confirme por el tribunal superior. El primer título del libro 49 del Digesto trata de las apelaciones (1).

Durante la República no habia apelacion en las causas civiles.—Durante la República no habia apelaciones en las causas civiles con el fin de revocar ó modificar un fallo, porque cada juez tenia autoridad para fallar en definitiva dentro de los límites de su jurisdiccion; y ni áun la sentencia de un *judex*, como regla general, podia ser revisada por el magistrado que le habia nombrado. En tales casos el único modo de obtener un desagravio era por la mediacion de ciertos magistrados de elevada categoría. Ha ocurrido á veces que uno de los pretores intervenia para paralizar los procedimientos seguidos por su colega. Los tribunos tambien interponian su autoridad para impedir la ejecucion de una sentencia judicial. Así, cuando el pretor condenó á L. Scipion por robo de los caudales públicos, el tribuno permitió que se procediera contra su propiedad; pero intervino para impedir que se mandara á Scipion á la cárcel.

Apelaciones durante el Imperio.—En tiempo de Augusto se estableció un sistema metódico de apelaciones. En Roma

---

(1) Véase C. 7, 62.—N. 23, cap. 1.

podia apelarse de todos los magistrados al prefecto de la ciudad, y luégo del prefecto de la ciudad al prefecto pretoriano ó al Emperador. M. Aurelio autorizó en un rescripto el que se apelara de la sentencia del *judex* al magistrado que le habia nombrado (1). Segun una Constitucion de Adriano, no procedia la apelacion del Senado al Emperador, y del mismo Emperador es claro que no cabia apelar á nadie.

En Italia y en las provincias podia apelarse de los magistrados locales que entendian en primera instancia á los gobernadores, y de éstos al prefecto pretoriano ó al Emperador.

Constantino prohibió las apelaciones ántes del fallo definitivo, á ménos que surgiera una cuestion de competencia.

Desde entónces no se permitió apelar de los fallos del prefecto pretoriano; pero la reforma de la sentencia de éste podia aún obtenerse acudiendo en forma de súplica al Emperador.

En el reinado de Justiniano, todas las apelaciones debian incoarse dentro de los diez dias á contar desde la fecha de la sentencia (2). El mismo Emperador dispuso que el Tribunal Imperial (*auditorium principis*) no admitiera ninguna apelacion en asuntos cuyo valor no pasara de veinte libras de oro, y que en todos los demás casos entendieran uno ó mas jueces, cuyo fallo seria ejecutivo (3).

---

(1) D. 49, 1, 1, y 21.
(2) N. 23, cap. 1.
(3) Walter, *Procedimienio civil*, traducido por Laboulaye, Paris, 1841, cap. IX, p. 96.

CAPÍTULO IX

DE LA INSOLVENCIA Y DE LA CESSIO BONORUM.

SUMARIO.=*Cessio bonorum*.—No constituia la extincion de las deudas.—Francia y Escocia.—Derecho español.

Cessio bonorum.—Segun la *lex Julia*, promulgada en tiempo de Julio César ó de Augusto, y hecha despues extensiva á todas las provincias, se daba á los deudores insolventes el beneficio de la *cessio bonorum*, la cual los libraba de la prision cuando hacian una renuncia voluntaria de todos sus bienes á favor de los acreedores (1).

No constituia la extincion de las deudas.—Esta renuncia se hacia mediante una solemne declaracion, judicial ó extrajudicial. La propiedad así entregada se vendia, y el producto se repartia entre los acreedores. El deudor no quedaba libre de las deudas hasta que no hubiera pagado el total de ellas; pero evitaba la prision. Si el deudor adquiria despues otros bienes, podian pedir los acreedores su embargo, del cual quedaba excluido lo preciso para la subsistencia de aquel (2).

Francia y Escocia.—La *cessio bonorum* se ha adoptado en Francia y en Escocia. Segun el antiguo Derecho francés, el deudor que solicitaba el beneficio de la *cessio* era obligado por sentencia á llevar en público un gorro verde (*bonnet vert*) que le facilitaban sus acreedores, y se le reducia á prision si se le encontraba sin él. Segun Pothier, esto era para que sirviera de advertencia á los ciudadanos, á fin de que condujeran sus asuntos con prudencia, evitando así el riesgo de exponerse á semejante ignominia; pero dice que en su tiempo, aunque

---

(1) D. 42, 3.—C. 7, 71.
(2) I. 4, 6, 40.—D. 42, 3, 4.

se hacia constar esta condicion en la sentencia, en la práctica no se llevaba á cabo, ménos en Burdeos, en donde su observancia era al parecer rigurosamente exigida (1).

Una costumbre parecida existia antiguamente en Escocia. Todo deudor que obtuviera el beneficio de la *cessio* tenia que llevar por fuerza «*the dyvours habit,*» que era un traje la mitad de color medio amarillo y la mitad castaño, con un gorro de iguales colores. En los tiempos modernos se abandonó semejante costumbre. «Dado el estado actual del sentimiento público, hoy se miraria como una vergüenza para la administracion de justicia, lastimaria á los inocentes, y perderia para siempre á los culpables (2).» Venia siendo costumbre desde mucho tiempo el dispensar en la sentencia del «*dyvours habit,*» que el Estatuto de Guillermo IV abolió (3).

Derecho español.—Puede hacer la cesion ante el juez el imposibilitado de satisfacer sus deudas. En ella se comprenden todos los bienes del deudor, excepto las ropas de preciso uso y los instrumentos necesarios para el arte ú oficio á que está dedicado aquel. Los acreedores no adquieren la propiedad de los bienes cedidos, y sí tan sólo el derecho de hacerlos vender, para con su producto cobrar sus créditos.

---

(1) Pothier, *Traité de la procedure civile*, part. V, cap. III, § 5.
(2) Lord Meadowbank.
(3) 6 y 7, Guillermo IV, c. 56; *Com. de Bell*, 6.ª ed., 1102.—Desde el descubrimiento de la Instituta de Gayo en Verona se han publicado muchas obras sobre el procedimiento civil de los Romanos. Entre las más útiles podemos apuntar las siguientes: *Histoire de la Procedure Civile chez les Romains*, por Walter, traducida del aleman por M. Laboulaye, 1841; *Traité des Actions, ou Theorie de la Procedure Civile chez les Romains*, por Zimmern, traducida del aleman por M. Etienne, 1843; *Traité des Actions, ou Expositions Historique de l'organization Judiciare et de la Procedure Civile chez les Romains*, por Bonjean, 3.ª ed., 1846.

PARTE SEXTA

DERECHO PENAL Y PROCEDIMIENTO CRIMINAL

CAPÍTULO PRIMERO.

DE LOS TRIBUNALES DEL ÓRDEN CRIMINAL.

SUMARIO.=*Seccion primera: Jurisdiccion criminal de los Reyes y de los cónsules.*—Reyes y cónsules =*Seccion segunda: Jurisdiccion criminal del Senado.*—El Senado como tribunal criminal.—Italia y las provincias.—Crímenes políticos.=*Seccion tercera: Jurisdiccion criminal de los comicios.*—Asamblea del pueblo.—*Comitia curiata.*—*Comitia centuriata.*—*Comitia tributa.*—Los comicios centuriados eran el Tribunal superior en el órden criminal.=*Seccion cuarta: Jurisdiccion criminal de los comisionados* (*quæstiones perpetuæ*).—Comisiones criminales permanentes.—Juez-presidente.—Cualquier ciudadano podia acusar.—El número de jurados variaba.—Cómo se escogian los jurados.—Magistrados imperiales.—Prefecto de la ciudad.—Prefecto de policía.

La Instituta de Gayo nada dice acerca del Derecho criminal de los Romanos, y poco puede sacarse del título de las Instituciones de Justiniano, *de publicis judiciis* (1). La naturaleza de este libro no permite tratar de él con detenimiento; pero una breve reseña de cómo se administraba justicia en el órden criminal en Roma, no será inútil.

Seccion I.—Jurisdiccion criminal de los Reyes y de los cónsules.

Reyes y cónsules.—Apesar de lo oscuras que son las noticias que tenemos del período de los Reyes, hay fundados motivos para creer que eran éstos los jueces supremos en los juicios criminales, y que eran asistidos por un Consejo.

---

(1) I. 4, 18.

Tulio Hostilio delegó su autoridad en dos comisionados para juzgar á Horacio, asesino de su hermana, y autorizó para que se apelase de la sentencia dictada por ellos á los *comitia curiata* (1). Tarquino el Soberbio entendió, sin que le asistiera un Consejo, en los juicios criminales; pero esto se consideró como una cosa irregular, y fué más tarde motivo de acusacion contra él.

Despues de la expulsion de los Reyes, los cónsules les sucedieron en la autoridad judicial para procesar y castigar á los reos de crímenes capitales, ejerciendo el derecho de quitar la vida, como vemos en el caso de los hijos de Bruto. Pero este poder duró poco. Segun la ley Valeria, publicada en el año 245 de Roma, todo ciudadano Romano tenia el derecho de apelar al pueblo de la sentencia dictada en causa criminal por un magistrado, y más tarde se reconoció la jurisdiccion de los comicios para conocer en primera instancia de los crímenes más graves. Además, con arreglo á una ley especial de las Doce Tablas, ningun ciudadano podia ser juzgado por un delito que llevara envuelta la pérdida de la vida ó de sus derechos de ciudadano, sino ante los comicios centuriados.

Mediante leyes de esta naturaleza, que se trataron de eludir á veces, pero que se renovaron y se confirmaron con frecuencia, la jurisdiccion criminal de los cónsules y de otros magistrados quedó reducida á límites muy circunscritos. En los períodos de conmociones civiles, cuando las libertades públicas corrian peligro, el Senado investia á un dictador ó á los cónsules de poderes extraordinarios, en virtud de los cuales tenian facultades para quitar la vida á cualquier ciudadano peligroso, y para procesar sumariamente á todos los delincuentes, sin atenerse á las formas ordinarias del Derecho.

Seccion II.—Jurisdiccion criminal del Senado.

El Senado como tribunal criminal.—Durante la República, el Senado no tenia una jurisdiccion ordinaria en el órden criminal cuando se trataba de ciudadanos Romanos. Si á ve-

(1) Livio, I, 26.

ces disponia la formacion de causas criminales, era despues de una investigacion prévia y con la intervencion de los magistrados, los cuales acusaban ante el pueblo con arreglo á las formas establecidas; y el juicio tenia lugar ante los tribunales ordinarios ó de uno especial creado para este fin.

Cuando se autorizó al Senado para fallar las causas criminales, ya por sí mismo, ya por delegados escogidos de su seno, esta facultad nacia de una delegacion expresa ó tácita del pueblo. En algunos casos de extraordinario peligro, el Senado, junto con los cónsules, asumia la responsabilidad de imponer penas, mediante un procedimiento sumario, á los criminales políticos. De esto tenemos un ejemplo memorable en los procedimientos seguidos contra los conspiradores, colegas de Catilina, algunos de los cuales fueron estrangulados en la cárcel sin juicio prévio siendo cónsul Ciceron. Esta medida, sin embargo, inspiró grandes recelos por considerarse que era una arbitrariedad peligrosa é inconstitucional, y á pesar de haberse reconocido que Roma se habia salvado gracias á la conducta enérgica de Ciceron, éste al fin fué desterrado por la ley de Clodio por haber quitado la vida á ciudadanos Romanos sin juicio prévio.

Italia y las provincias.—A pesar de que el Senado durante la República no tenia jurisdiccion propiamente dicha en la ciudad de Roma, conocia de todos los delitos graves que se cometian en Italia y en las provincias.

Crímenes políticos.—Bajo el Imperio, el Príncipe, en virtud de las facultades que tenia como dictador, concedia al Senado la jurisdiccion criminal, sobre todo en lo tocante á los delitos contra el Estado y la persona del Emperador, á los de concusion cometidos por los magistrados provinciales, y á ciertas acusaciones contra los senadores. El Emperador asistia con frecuencia á las deliberaciones del Senado; y como los senadores lo eran miéntras él lo quisiera, no encontraba dificultad en conseguir la condenacion de aquellas personas de influencia que no eran de su agrado. De esta manera el Senado llegó bien pronto á ser nada más que un instrumento en manos del Príncipe, el cual absorbió toda su autoridad (1).

(1) Maynz, § 57.

Seccion III.—Jurisdiccion criminal de los comicios.

Asamblea del pueblo.—Habia tres clases de Asambleas populares en Roma: *comitia curiata*, *comitia centuriata* y *comitia tributa.*

Comitia curiata.—Los *comitia curiata*, que son los más antiguos, eran una Asamblea de las treinta curias, compuesta solamente de patricios. El proceso de Horacio, el primero que encontramos en la Historia Romana, tuvo lugar ante este tribunal.

Comitia centuriata.—Los comicios por centurias, instituidos por Sérvio Tulio, comprendian todos los ciudadanos, los cuales estaban divididos en cierto número de clases, segun su fortuna, edad y categoría. En esta Asamblea tenia grande preponderancia la riqueza, concentrándose así todo el poder en las clases superiores; pero sin quedar, sin embargo, excluida persona alguna del sufragio. Las opiniones de cada centuria se decidian por la mayoría de sus miembros; pero en la Asamblea cada centuria tenia solamente un voto.

Comitia tributa.—Los *comitia tributa* eran una Asamblea del pueblo por tribus, y antiguamente comprendia sólo á los plebeyos. Aquí dominaba el elemento democrático. Despues fueron admitidos todos los ciudadanos en esta Asamblea, y en una época que no puede fijarse claramente se modificó mediante la introduccion en las tribus de una clasificacion análoga á la de las centurias; de manera que los votos no se emitian individualmente, sino por las clases de cada tribu.

Los comicios centuriados eran el Tribunal superior en el órden criminal.—Al principio de la República, las asambleas del pueblo al parecer funcionaban como Tribunal superior en aquellos casos en que se queria apelar de la sentencia de un magistrado. Pero despues que por leyes sucesivas se limitó la jurisdiccion criminal de los magistrados, los comicios centuriados vinieron á reconocerse como el tribunal ordinario para juzgar los crímenes de más gravedad cometidos por ciudadanos Romanos. Lo que principalmente produjo este resultado fué la conocida ley de las Doce Tablas, segun la que no se podia encausar á ningun ciudadano Romano por delito que en-

volviera la pérdida de la vida ó de sus derechos, sino por el *comitiatus maximus*, es decir, segun dice Ciceron, por los *comitia centuriata*. Esta facultad conferida á la Asamblea popular, se consideró hasta la caida de la República como una parte fundamental de la Constitucion Romana y el más firme baluarte contra la injusticia y la opresion.

Los comicios tributos eran tambien Tribunal supremo en el órden criminal; pero no se conocen muy claramente los límites de su jurisdiccion. En un principio se atribuian el derecho de entender en los delitos que se consideraban como una infraccion de los privilegios de los plebeyos; pero á medida que crecia el poder de los tribunos, éstos se hacian más osados, y á veces llevaban ante los comicios tributos causas graves en que no les correspondia conocer. De este modo condenó la Asamblea de las tribus á Coriolano; pero se estimó como una violacion flagrante de la Constitucion. El mismo tribunal condenó y desterró á Ciceron, mas éste alegó que no tenia autoridad para juzgarle por el delito de *perduellio* de que Clodio le acusaba, y que sólo podian entender en él los comicios por centurias. Muchos escritores son de parecer que aunque los comicios tributos á veces se extralimitaron, por la ley y por la costumbre establecida no podian imponer ninguna pena más severa que la de multa (1).

En la causas criminales seguidas ante los comicios, sólo un magistrado podia ser acusador.

Por regla general, no se podia encausar al que desempeñara un elevado cargo en el Estado; pero se podia exigir responsabilidad á todos los magistrados reos de malversacion al espirar el año que duraba su cargo. Cuando Milon amenazó con una causa criminal á Clodio, éste pudo evadirla haciendo que le eligieran edil.

En los juicios seguidos en los comicios, el pueblo votaba de la misma manera que en la aprobacion de un proyecto de ley.

---

(1) Véase Laboulaye, «Essai sur les Lois Criminelles des Romains,» París, 1845, p. 96.

Seccion IV.—Jurisdiccion criminal de los comisionados.

QUÆSTIONES PERPETUÆ.

Comisiones criminales.—Segun la poblacion de Roma fué aumentando, se fué haciendo difícil el reunir á los ciudadanos en los comicios para juzgar á todos los delincuentes, y se adoptó la medida de delegar la jurisdiccion del pueblo en una ó más personas, que eran investidas con una autoridad transitoria para entender en determinadas causas criminales. Estos jueces eran llamados *quæsitores* ó *quæstores*, el juicio *quæstio*, y su autoridad concluia cuando terminaba la causa. Las más veces eran nombrados comisionados los magistrados ordinarios; pero algunas lo eran simples particulares. En los asuntos que caian dentro de su jurisdiccion, el Senado generalmente nombraba los *quæstores* de su mismo seno.

En los primeros tiempos de la República era costumbre designar una comision especial para entender en cada causa; pero al principio del siglo sétimo, cuando los delitos de todas clases llegaron á ser numerosísimos, se introdujo un cambio importante en el procedimiento criminal, estableciendo tribunales permanentes para que juzgaran los crímenes que con más frecuencia se cometian; y estos tribunales se llamaban *quæstiones perpetuæ*. Calpurnio Pison, tribuno del pueblo en 604, propuso una ley de *precuniis repetundis*, por la cual se estableció una comision permanente para juzgar los delitos de concusion de los gobernadores provinciales. Este tribunal se componia de un pretor, que presidia como juez, pero sin voz deliberativa, y de cierto número de jueces tomados del Senado, y que en muchos puntos se parecian á los jurados modernos.

Tan buen éxito alcanzó este ensayo, que se extendió pronto á otros crímenes, como la traicion, el peculado y el cohecho. Cuando Syla reformó el Derecho penal, se instituyeron nuevos tribunales de análoga naturaleza para entender en gran número de delitos, hasta que al fin el sistema se generalizó, y las *quæstiones perpetuæ* conocieron de todas las causas criminales hasta el establecimiento del Gobierno imperial.

Juez-presidente.—Despues de la institucion de las *quæstiones perpetuæ* en el siglo sétimo, el juez presidente era, ó uno de los pretores, ó un funcionario llamado *judex quæstionis*. Cada tribunal conocia sólo de una clase de delitos; así que lo numeroso de estos tribunales hizo necesariamente que se aumentara el número de pretores, aunque estos magistrados tenian la facultad de delegar sus funciones de presidente en el *judex quæstionis*.

Cualquier ciudadano podia acusar.—Como se establecieron las *quæstiones perpetuæ* por diferentes leyes, las formas del procedimiento variaban; pero habia algunos principios generales aplicables á todas. No era ya necesario, como ántes en los comicios, que un magistrado fuera el acusador, sino que cualquier ciudadano podia presentarse al pretor y formular una acusacion. Toda causa que se sometia á estos tribunales era sentenciada por un juez y el jurado. Era obligacion del juez el presidir y dirigir los procedimientos. Era obligacion del jurado, despues de oir los alegatos y las pruebas, sentenciar declarando la culpabilidad ó la inocencia del acusado.

El número de jurados variaba.—El número de los individuos de que se componia el jurado variaba segun las disposiciones de la ley con arreglo á la cual se sustanciaba la causa; pero siempre era crecido, pues encontramos casos en que eran treinta y dos, cincuenta, setenta, sententa y cinco, etc. El juez presidente sacaba de una urna los nombres de los jurados, cada parte tenia el derecho de recusar cierto número de ellos, y el veredicto se obtenia por mayoría de votos (1).

Cómo se escogian los jurados.—En el último siglo de la República, el poder de los *judices* era grande, y se abusaba á menudo de él para lograr fines interesados; así que se ocasionaron disensiones intestinas muy sérias, á consecuencia de las contiendas entre los diferentes órdenes del Estado, suscitadas con motivo de este cargo. Al principio los *judices* se escogian sólo de entre los senadores, y esto sucedia á la promulgacion de la *lex Calpurnia* en 604; despues, por la ley Sempronia de C. Graco, en 630, se escogian sólo del órden ecuestre; y más tarde, por la ley Servilia, en 647, de ámbos órdenes. En 671

(1) Maynz, § 35.

Syla restableció el privilegio en provecho de los senadores. Por la ley Aurelia, dada en 683, lo distribuyó Cotta entre los senadores, los caballeros y los tribunos del fisco. Augusto aumentó el número de los *judices*, extendiendo la capacidad á las clases más humildes; pero la importancia política del cargo pronto desapareció con el Imperio.

Seccion V.—Jurisdiccion criminal del Emperador y de otros magistrados.

Magistrados imperiales.—Durante el Gobierno imperial, el Príncipe ejercia la jurisdiccion criminal en union con el Senado. Ocurrió con frecuencia que el Emperador presidiera y entendiera en causas criminales sin consultar al Senado. Cuando el dictador César se constituyó en único juez de Ligurio, puede afirmarse que desde entónces quedó deshecha la antigua Constitucion Romana.

Al lado de los tribunales republicanos estableció Augusto la jurisdiccion del Senado respecto de muchos crímenes, como la traicion y los delitos cometidos por los magistrados y funcionarios públicos. En el primer siglo del Imperio encontramos casos de crímenes juzgados por las *quæstiones perpetuæ;* pero éstos fueron siendo ménos frecuentes, y al fin su jurisdiccion pasó á los magistrados imperiales.

Prefecto de la ciudad.—El prefecto de la ciudad usurpó muchas de las facultades que ántes pertenecian al pretor y á los ediles. Castigaba todos los delitos comunes cometidos en Roma y dentro de las treinta leguas á su rededor, pudiendo al mismo tiempo desterrar de Italia á los ciudadanos, deportándolos á alguna isla que el Emperador designaba.

Prefecto de policía.—El *præfectus vigilum* que mandaba los soldados encargados de la guarda de la ciudad, juzgaba á los incendiarios, ladrones, vagos, etc.; pero sólo podia imponer penas leves (1).

(1) Maynz, § 53.

CAPÍTULO II.

PROCEDIMIENTO CRIMINAL.

SUMARIO.=Autorizacion para encausar: *postulatio.*—Acusacion: *inscriptio.*—Vista de la causa.—Veredicto y sentencia.

Autorizacion para encausar.—Postulatio.—Todo ciudadano Romano tenia la facultad de acusar á otro ante el pretor, obteniendo la autorizacion de aquel magistrado para hacerlo. La demanda en que se pedia esta autorizacion se llamaba *postulatio*, y se publicaba en el foro para que cualquiera interesado pudiera oponerse. Al mismo tiempo el acusador prestaba juramento de calumnia, asegurando que procedia de buena fé y en vista del bien público.

Acusacion: inscriptio.—Despues de un plazo razonable, si alcanzaba la autorizacion el acusador, manifestaba éste en una declaracion formal el nombre de la persona denunciada y el delito que se le imputaba. Entónces se extendia un documento, llamado *inscriptio*, en el cual se hacian constar aquellos particulares, y lo firmaban el acusador y los que se proponian apoyarle en la prosecucion de la causa.

Se citaba al acusado para que compareciera ante el pretor para oir los cargos que se le hacian. Si comparecia y negaba que fuera culpable, como sucedia generalmente, el pretor señalaba dia para que se viera la causa, lo cual tenia lugar las más de las veces despues de trascurridos diez dias.

Vista de la causa.—En el dia señalado las partes comparecian, y el pretor, ó á falta de él el juez presidente, llamado *judex quæstionis*, sacaba de la urna los nombres de los que habian de constituir el jurado. Tanto el acusador como el acusado tenian la facultad de recusar cierto número de jurados despues de prestar estos juramento; el actor ó su abogado

iniciaba los debates, el acusado se defendia personalmente ó por su defensor, y luego se oian las pruebas.

Veredicto y sentencia.—Despues de practicadas las pruebas y oidos los alegatos, el juez invitaba al jurado para que diera su veredicto, lo cual se hacia al principio en público y despues en votacion secreta. El juez distribuia entre los jurados unas tablillas, en las que escribian en secreto una A (*absolvo*), ó una C (*condemno*), ó N L (*non liquet*). Despues el juez examinaba estas tablillas, y en su vista pronunciaba la sentencia conforme á la opinion de la mayoría y con ciertas formalidades. Si el veredicto era condenatorio, el pretor decia: *videtur fecisse*; si no lo era, decia: *non videtur fecisse*; y si la mayoría no habia podido llegar á una decision, decia: *amplius*, se aplazaba la causa y se veia de nuevo otro dia. Cuando se condenaba al criminal, le castigaba la ley segun la calidad de su delito.

Tales eran las formalidades del procedimiento que tenia lugar en los juicios seguidos ante las *quæstiones perpetuæ*. Las formalidades que se observaban en los comicios eran cási las mismas, salvas las diferencias que se derivaban de la naturaleza del tribunal y del modo de votar (1).

---

(1) Una gran parte de lo que sabemos acerca del procedimiento criminal de los Romanos se debe á Sigonio, erudito escritor del siglo XVI. Los descubrimientos modernos han aumentado poco este caudal; pero el asunto se discute con grande claridad en la *Republique Romaine* de Beaufort, y más recientemente por M. Laboulaye en su *Essai sur les lois criminelles des Romains*. Paris, 1845.

CAPÍTULO III.

DE LOS CRÍMENES.

SUMARIO.=Naturaleza del crímen.—De los crímenes públicos y privados.—Crímenes ordinarios y extraordinarios.—Carácter de la Legislacion criminal.=I. Delitos contra el Estado.—Traicion: *Crimen læsæ majestatis*.—Castigo de la traicion despues de muerto el reo.—*Vis publica et privata*.—*Crimen repetundarum*.—*Peculatus*.—Sacrilegio.—*Ambitus*.=II. Delitos contra los individuos.—*Homicidio*.—Homicidio culpable.—Parricidio.—*Plagius*.—Adulterio.—*Raptus mulierum*.—*Crimen falsi*.—Crímenes extraordinarios.—Cómo se extinguian los delitos.

Naturaleza del crímen.—En un sentido general, son crímenes aquellas infracciones de la ley que son castigadas por los tribunales de justicia. El perpetrador de un crímen está sujeto á la pena por motivos de interés público, además de tener que reparar, cuando sea posible, todo el daño que haya inferido á los particulares. Para expresar las transgresiones ménos graves se usa generalmente el término delito.

De los crímenes públicos y privados.—Segun el Derecho Romano, los crímenes se dividian en privados y públicos. Los crímenes privados sólo podian perseguirse judicialmente por la parte ofendida, y por lo general se castigaban con multas que se entregaban á aquella. Algunos que nosotros solemos considerar como delitos públicos, como el hurto y el robo, eran cuestiones de responsabilidad civil por daños y perjuicios, de la misma manera que la violacion de la propiedad inmueble, la calumnia y otros varios daños de que ya se ha tratado en el capítulo de las acciones procedentes de éstos. Todas éstas se reparaban comunmente mediante el pago de cierta cantidad, cosa que se encuentra tambien en las antiguas leyes de los Germanos.

Crímenes ordinarios y extraordinarios.—Los crímenes públicos ordinarios eran los declarados expresamente tales

por una Ley ó Constitucion, y que, á causa de su carácter pernicioso ó atroz, podian ser perseguidos por cualquiera particular. Algunos crímenes públicos se llamaban extraordinarios cuando ninguna ley particular especificaba la naturaleza de la pena, la cual se dejaba al criterio del juez. En este caso estaban la violacion de sepulturas, la remocion de mojones, la encarcelacion violenta, el encubrimiento de ladrones, el estelionato y un gran número de delitos que no tenian nombre especial (1).

Carácter de la Legislacion criminal.—El Derecho penal de los Romanos nunca llegó á alcanzar el mismo grado de madurez y perfeccion que su Derecho civil. Su legislacion en este punto estaba íntimamente relacionada con sus instituciones nacionales, con su religion, con las funciones de sus magistrados y con las costumbres del pueblo; de suerte, que muchas de sus disposiciones, que eran convenientes y oportunas en aquella situacion, son de imposible aplicacion en los Estados modernos. Además, durante el Imperio, la violencia y la suspicacia de tanto Príncipe malvado, y la política nada previsora de otros en extremo débiles, produjeron muchas Constituciones contradictorias, dictadas con frecuencia por mero capricho, y que ocasionaron en esta rama de la Jurisprudencia Romana una gran confusion.

En la clasificacion de los crímenes se ha distinguido generalmente entre las ofensas contra el Soberano y el Estado, y las ofensas contra los particulares.

I.—Delitos contra el Estado.

Traicion: Crimen læsæ majestatis.—Antiguamente, en los primeros dias de la República, todo acto que fuera dañoso á la seguridad del Estado, se llamaba *perduellio*, y se castigaba con la muerte. Se comprendian bajo este término numerosos delitos contra el Estado, como, por ejemplo, la conspiracion contra el Gobierno, la aspiracion al poder régio, el auxiliar á los enemigos de Roma, el desacierto en el mando de los ejércitos. Marco Manlio, que salvó á su pátria de la invasion de los Galos, fué acusado de haber intentado apoderarse del Gobierno, y habiendo sido condenado, fué despeñado, segun cuenta Varron, desde la roca Tarpeya, ó, como afirma Cornelio Nepote, fué azotado hasta que murió. Sus bienes fueron confiscados y su casa arrasada (1). Cn. Fulvio fué acusado de haber perdido un ejército Romano; pero se anticipó á su condenacion desterrándose voluntariamente. Coriolano fué acusado de aspirar á la tiranía porque habia declarado en el Senado que debia abolirse el cargo de tribuno del pueblo.

(1) D. 47, t. II, 21.

De todos los crímenes comprendidos en la categoría de capitales, el de traicion era castigado con mayor dureza. El término *perduellio* cayó en desuso, y las transgresiones que corresponden á la traicion del Derecho inglés se incluyeron bajo el nombre de *crimen læsæ majestatis*, cuya pena era la muerte con la confiscacion de los bienes, declarándose además infame la memoria del delincuente (2). Durante el Imperio se extendió esta consideracion legal, no sólo á todos los atentados contra la vida del Príncipe reinante, sino á todos los actos y palabras irreverentes; de suerte, que un ultraje cualquiera á una estátua del Emperador se castigaba con la misma severidad que una ofensa á su propia persona. Los que conocen la historia Romana saben bien los terribles efectos de esta máquina opresora en el reinado de Tiberio y de sus sucesores.

Castigo de la traicion despues de muerto el reo.—Una de las peculiaridades más singulares de la Legislacion Romana sobre el delito de traicion, era que se podia procesar al criminal áun despues de su muerte, con el fin de que se declarara su memoria infame y se confiscara toda su propiedad en favor del Estado (3). Esta costumbre bárbara, tan contraria á los principios del Derecho y á los preceptos que respeta la humanidad, se introdujo durante el despotismo del Imperio; y, cosa extraña, se adoptó en Francia y en Escocia en un período bien reciente: á principios del siglo XVII.

Nicolás l'Hote, empleado de la Secretaría de Estado, hizo

(1) Aulo Gelio, lib. XVII, c. 21.
(2) I. 4, 18, 3.—D. 48, 4.—C. 9, 8.
(3) C. 9, 8, 6.

traicion á Enrique IV de Francia dando noticia al Rey de España de todas las deliberaciones del Consejo francés; sabedor de que se habia descubierto su crímen, trató de escapar, y al huir de sus perseguidores se ahogó en el rio Marne. Pues bien, su cádaver fué llevado á París, donde se le condenó como reo de crímen de lesa majestad el 15 de Mayo de 1604, y se dispuso en la sentencia que fuera arrastrado su cádaver entre zarzas, descuartizado por cuatro caballos, y despues expuestos sus restos en las cuatro calles principales de la ciudad. El descuartizamiento era la pena con que comunmente se castigaba la traicion en Francia; pero á veces se agravaba con los más crueles tormentos, como se ve en las sentencias dictadas contra los regicidas Ravaillac y Damiens; y es de notar que en estos dos casos las casas en que los criminales habian nacido se arrasaron segun la costumbre romana, indemnizando por su pérdida al propietario (1).

Várias causas de traicion se incoaron en Escocia despues de muertos los criminales en el reinado de Jacobo VI, que se jactaba de atenerse estrictamente á los modelos clásicos de la antigüedad, aunque á veces escogia los peores. En el mes de Enero de 1603, Francisco Mowbray, acusado como reo de la «más negra y horrible traicion,» fué matado al tratar de escaparse del castillo de Edimburgo. Se dispuso por una real órden que se llevara su cadáver á la barra del Tribunal de Justicia mayor, y éste, sin pruebas y sin veredicto del Jurado, le condenó, mandando que «fuera desmembrado como traidor, colgado su cádaver en una horca, y despues descuartizado, la cabeza y las piernas expuestas en los sitios más públicos de la ciudad de Edimburgo, y todos sus bienes confiscados.» (2) En el caso de Roberto Lesly y en el de Logan de Restalrig, los huesos de éstos fueron sacados de la tumba y presentados en el tribunal, como si se tratara de hacer burla de la administracion de justicia (3).

En el mismo reinado, Archibaldo Cornwall, funcionario municipal de Edimburgo, fué condenado como reo de traicion por haber tenido la estúpida ocurrencia de colgar el retrato del Rey de una horca. Se acusó al reo de haber con esto deshonrado é infamado al Rey ignominiosamente, y se le condenó á ser colgado en la misma horca en que habia puesto el retrato, permaneciendo en ella hasta morir y veinticuatro horas más con un papel en la frente, en el que constara el crímen vil por que se le habia condenado á muerte (1).

(1) «Encyclopédie de Jurisprudence,» *Lese-Majestê*, Paris, 1785, t. V, p. 440.
(2) «Criminal Law de Hume,» p. 540.
(3) «Criminal Trials de Arnot,» p. 65.

Blackstone refiere dos casos ocurridos en el reinado de Eduardo IV, de Inglaterra, de personas ejecutadas por haber proferido palabras desleales ó que argüian traicion: el uno, un ciudadano de Lóndres, habia dicho que haria á su hijo heredero de la *Corona*, que era la divisa de su taberna; y otro, un caballero cuyo ciervo favorito habia matado el Rey en una cacería, lo cual le hizo exclamar: «ojalá que el animal, con cuernos y todo, estuviera dentro del cuerpo del Rey.» En este último caso, dícese que el Justicia mayor, Markham, prefirió abandonar su puesto á suscribir semejante sentencia (2). Se ha establecido desde hace mucho tiempo que las palabras vertidas no constituyen traicion, aunque puedan ser un grave delito.

Vis publica et privata.—La *vis publica* era la perturbacion de la tranquilidad llevada á cabo por cuerpos de hombres armados, organizados para rebelarse ó estorbar á las autoridades públicas en el desempeño de su cárgo. En el último siglo de la República Romana, los motines hechos por gente pagada llegaron á ser frecuentes, y sus autores eran desterrados. La *vis privata* era un acto ilegítimo de violencia perpetrado por particulares y sin armas, y ésta se castigaba con la confiscacion de una tercera parte de los bienes del delincuente (3).

Milon acusó á Clodio de haber resistido por la fuerza armada al decreto que levantaba á Ciceron el destierro; pero Clodio evadió el proceso haciéndose nombrar edil, y entónces él formuló una acusacion igual contra Milon por haber empleado la fuerza para dispersar á Clodio y á sus satélites al tiempo de aprobarse la ley por la que se permitia á Ciceron volver de su destierro.

(1) «Criminal Trials de Arnot,» p. 63.
(2) Blackstone, 1. 4, c. 6.
(3) «Lex Julia de Vi.»—D. 48, t. 6 y 7.—C. 9, 12.

Crimen repetundarum.—Estas expresiones se usaban para acusar á los gobernadores, magistrados y demás funcionarios públicos reos de estorsion ó de otras corruptelas, como la aceptacion de presentes para torcer la justicia (1). En los primeros tiempos de Roma hay pocas huellas de este delito; pero despues que se pervirtieron las costumbres llegó á ser muy comun, sobre todo en las provincias. Si hemos de dar crédito á las oraciones de Ciceron, ellas nos presentan un cuadro vivísimo de las extorsiones de Verres en su gobierno de tres años como pro-pretor de Sicilia. A todas las clases de la poblacion alcanzaban su avaricia y crueldad. Tanto los contribuyentes como los arrendatarios de las rentas públicas estaban sujetos á los impuestos: las clases trabajadoras tenian que pagar fuertes sumas; y los hombres opulentos tenian que entregar su dinero y sus obras de arte, entre las cuales estaban las hermosas estátuas y los vasos de Corinto que poseia Verres despues de su vuelta del destierro, y lo cual se supone fué el motivo de que Marco Antonio, en el segundo triumvirato, colocara su nombre en la lista de los proscritos (2).

El *crimen repetundarum* (*pecuniarum*) se castigaba con la restitucion de lo percibido injustamente, y con penas pecuniarias hasta el doble y á veces cuádruple del valor de lo cogido. Durante el Imperio se degradaba generalmente al delincuente, perdiendo su categoría ó su empleo, y tambien era condenado al destierro.

Peculatus.—Esta palabra indica el hurto ó sustraccion de la propiedad que pertenece al Estado. En los tiempos primitivos se castigaba con la interdiccion del fuego y del agua; más tarde, cuando los empleados públicos cometian este delito durante el período de su administracion, la pena era la muerte; y si eran particulares, la deportacion. De la misma naturaleza era la *lex de residuis*, que se aplicaba á aquellos que habian recibido dinero del Estado para servicios públicos y lo guardaban. Se les compelia á devolver lo que se habian apropiado, pagando una tercera parte más en concepto de pena.

Sacrilegio.—El sacrilegio es el robo de cosas sagradas dedicadas al culto. Este delito estaba comprendido en la *lex Julia de Peculatu* (1). Se castigaba con la muerte, pero á veces se imponia una pena ménos grave. Era frecuente que los particulares depositasen su dinero en el templo para mayor seguridad; pero el robo de estas cantidades se consideraba como un hurto y no como un sacrilegio.

(1) D. 48, 11.—C. 9, 27.
(2) Plin., *Hist. Nat.*, XXXIV, 3.

Ambitus.—Durante la República se dictaron leyes muy severas para reprimir el soborno por parte de los candidatos que solicitaban en las elecciones votos para los cargos públicos, no sólo cuando la votacion era pública, sino despues que por la ley Gabinia (139 a. J. C.) se hizo secreta. Sólo se castigaba al que sobornaba y á sus agentes: no á las personas sobornadas. La pena era unas veces el destierro y otras una multa, la expulsion del Senado, y la incapacidad para desempeñar cargos del Estado.

Por la *lex Tullia*, promulgada en el consulado de Ciceron (63 a. J. C.), se castigaba el soborno con el destierro por diez años. Esta ley prohibió que el candidato diera espectáculos públicos durante los dos años anteriores á su presentacion como tal, y tambien que alquilara gladiadores y hombres armados, como era costumbre, para que acompañasen á los competidores en las elecciones populares. A pesar del rigor de estas disposiciones, la tentacion de comprar los sufragios del pueblo era demasiado fuerte para que pudiera resistirse, y el soborno organizado fué siempre en aumento hasta el fin de la República. Marco, Syla, Pompeyo y Julio César, todos prodigaron su dinero entre los ciudadanos venales con el fin de conseguir los cargos públicos para sí y para sus amigos y partidarios.

Los procesos por soborno fueron numerosos en el período de la República. Cuando se eligió á Emilio Scauro cónsul, Rutilio, que habia sido su competidor, le acusó de soborno. Scauro fué absuelto, é inmediatamente despues denunció á Rutilio por el mismo delito, y obtuvo su condenacion. Ciceron defendió á Murena y á Plancio, acusados de soborno, y las oraciones que pronunció con este motivo aún se conservan.

Las formas populares de la eleccion desaparecieron en el reinado de Tiberio. El nombramiento de los magistrados se

(1) D. 48, 13.—C. 9, 28, 29.

confirió al Senado; pero los Emperadores abolieron gradualmente todos los vestigios del Gobierno republicano, nombrando por sí mismos los magistrados; de suerte que las leyes contra el soborno, como observa Modestino, llegaron á ser letra muerta en Roma. Continuaron rigiendo tan sólo en las ciudades municipales y en las colonias, en donde el pueblo gozaba aún de la libertad electoral, y, con arreglo á un decreto del Senado, las personas convictas de soborno tenian que pagar una multa de cien *aurei*, y eran declaradas infames (1).

II.—Delitos contra los indivíduos.

Homicidio.

El homicidio consiste en quitar la vida á un hombre. Hay dos grados de homicidio culpable, segun que es ó no premeditado; y hay dos géneros de homicidio que no se castigan: el excusable y el justificable.

Homicidio culpable.—Es la muerte que se da á una persona voluntariamente y sin necesidad. Segun la ley de las Doce Tablas, se castigaba este crímen con la muerte. En los tiempos primitivos, las causas de homicidio se sentenciaban ante el pueblo en los comicios centuriados ó ante los comisionados que ellos nombraban; costumbre que continuó hasta el último medio siglo de la República, cuando Syla estableció un tribunal permanente (*quæstio perpetua*) para entender en todos los delitos comprendidos en la *lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis* (2).

En vários períodos de la Historia Romana el envenamiento fué muy frecuente. Livio dice que dos matronas patricias fueron acusadas de preparar venenos, que despues se encontraron en su poder; y como ellas aseguraran que eran drogas inocentes, se las llevó al foro, donde, para probar la verdad de su dicho, tuvieron que beberlas, pereciendo ámbas. Reducidos á prision sus criados, éstos denunciaron á gran número

(1) D. 48, 14.—C. 9, 26.
(2) D. 48, 8.

de matronas, de las cuales fueron condenadas nada ménos que 170. Este proceso produjo gran ruido, y, segun el historiador, «parecia más bien resultado de una demencia, que de una depravacion viciosa» (1).

Parricidio.—Parricidio es el asesinato de los padres, crímen contra el cual Solon se negó á dictar ley alguna, temiendo que con su prohibicion aprendiera el pueblo su posibilidad. Por el Derecho Romano, los asesinos de un padre ó abuelo eran azotados hasta que corria la sangre; entónces se les cosia dentro de un saco de cuero, con un perro, un gallo, una víbora y un mono, y se los echaba así al mar ó á algun rio (2). Este castigo extraordinario se introdujo por las Doce Tablas, se renovó en las leyes de Syla y de Pompeyo, y se menciona en la Instituta, considerándolo subsistente en tiempo de Justiniano (3). Durante el Imperio, era frecuente el condenar á los parricidas á ser quemados vivos, ó á ser devorados por las fieras del anfiteatro (4).

Las leyes de Syla y de Pompeyo extendieron el parricidio al asesinato de los ascendientes y descendientes en cualquiera grado, al de los colaterales hasta el cuarto, y al de la esposa, del marido y del patrono; pero la pena del saco se reservó para aquellos que hubiesen matado á su padre, madre, abuelo ó abuela entre los ascendientes, ó á los hijos entre los descendientes (5). Publico Malleolio, que mató á su madre, fué el primero, segun se dice, que sufrió este castigo en el año 652 de Roma (6). Sexto Roscio, de Ameria, fué juzgado por el asesinato de su padre conforme á la ley Cornelia (80 a. de J. C.); pero Ciceron le defendió hábilmente y fué absuelto.

En las naciones civilizadas generalmente se ha castigado

(1) Livio, VIII, 18.
(2) Corvin explica el simbolismo de esta pena, diciendo que el perro significa la rabia; el mono, el hombre privado de razon; el gallo, el animal que con frecuencia maltrata á su madre; y la víbora, el hecho de necesitar, para nacer, desgarrar el vientre de que procede. (N. del T.)
(3) I. 4, 18, 6.
(4) D. 48, 9, c. 1. *Hodie tamen vivi exuruntur vel ad bestias dantur.*—Paul, 5, 24, 1, p. 439, ed. Huschke.
(5) C. 9, 17, 1.
Algo parecido á la antigua forma de ejecucion tuvo lugar en Jaen, en España, el 1.° de Marzo de 1832. Un sugeto que habia matado á su nuera, se le ahorcó de la manera acostumbrada, y luégo se le cortó la mano derecha; su cadáver fué *encubado*, esto es, metido en una cuba, con un gallo, una culebra, una mona y un sapo, y echado todo al rio.—Véase la Quart. Rev., vol. LXI, p. 580.
(6) Beaufort, *Rep. Rom.*, t. II, p. 87.

el asesinato con la pena capital. Pero es un hecho notable que en cási todos los Estados bárbaros este crímen atroz podia repararse pagando una multa al más próximo pariente. Esta costumbre existia entre los antiguos Germanos (1), y se incluyó entre las disposiciones de los Códigos bárbaros.

Plagius.—Este delito era el robo de una persona libre ó de un esclavo que pertenecia á otro. Por la *Lex Fabia* se castigaba con una multa; pero despues, cuando el plagio se hizo frecuente, se castigó por demás con el destierro, y á veces con la pena capital (2).

Adulterio.—Segun el Derecho de los más de los países cristianos, el adulterio es la violacion de la fé conyugal por cualquiera de los dos esposos; así es que la falta del marido y la de la mujer lo constituyen de la misma manera. Los Romanos adoptaron una regla diferente, puesto que definian el adulterio: la union sexal de un hombre con la mujer de otro (3). Habia adulterio, ya fuera el hombre casado ó soltero; pero el comercio sexual de un hombre casado con una soltera no era adulterio. Por la ley Julia, promulgada en el reinado de Augusto, las personas convictas de adulterio eran desterradas, y además perdian una gran parte de sus bienes (4). Una Constitucion de Constantino, inserta en el Código, considera el adulterio como un delito capital; pero, al parecer, esto se aplicaba sólo á los hombres. Más tarde Justiniano ordenó que la mujer culpable fuese encerrada en un convento despues de haber sido azotada (5).

En Inglaterra, durante el protectorado de Cromwell, el adulterio, cualquiera que fuera el sexo del reo, era delito capital; pero con la restauracion esta ley cesó de regir. Una regla análoga contra el adulterio notorio existia en Escocia conforme al Estatuto de 1563, cap. 74; pero hace tiempo que ha caido en desuso. En Francia, la mujer casada y su cómplice, convictos de adulterio, son castigados ámbos con la pena de

(1) Tacit., c. 12.
(2) I. 4, 18, 10.—D. 48, 15.—C. 9, 20.
(3) «Adulterium est alieni thori violatio, sive coitus cum aliena uxore factus. Nam adulterium jure civili cum nupta tantum committitur.»—Vinnio, *Comm.*, 4, 18, 4.
(4) D. 48, 5.
(5) C. 9, 9, 30.—N. 134, cap. 10.

prision, y él es condenado además al pago de una multa (1).

Raptus mulierum.—El Derecho Romano castigaba el rapto con la muerte y la confiscacion de bienes (2). Segun opinion de los juristas, este delito podia cometerse, no sólo por la union casual con una mujer por fuerza y contra su voluntad, sino robándola de su casa con el propósito de estuprarla, aunque no hubiera de hecho violacion. En Inglaterra es esencial, para que exista este delito, la consumacion del acto. Antiguamente la violacion se castigaba con la pena capital; pero por un Estatuto (4 y 5, Vic., c. 56) se dispuso que á los reos de este delito se les deportase de por vida. En Francia las penas varían, segun las circunstancias, desde la prision hasta los trabajos forzados perpétuos (3).

Crimen falsi.—Este delito consiste en falsear ú ocultar la verdad en daño de otro. La *lex Cornelia de Falsis*, promulgada en tiempo de Syla, trataba principalmente de tres delitos: 1.° la falsificacion de testamentos; 2.° la acuñacion de moneda falsa; 3.° el perjurio y soborno de testigos. La pena impuesta por esta ley era la interdiccion del agua y del fuego.

Habia otras disposiciones legales respecto de estos delitos, mediante las cuales se extendian las penas impuestas á la falsificacion de cualquiera documento escrito, además de los testamentos. Se dictaron leyes tambien contra el uso de pesos y medidas falsas, y otros fraudes. Las penas que se imponian eran arbitrarias, y á veces se tomaba en cuenta la categoría del delincuente; pues miéntras que las personas de cierto rango, llamadas *honestiores*, eran desterradas, encontramos que los hombres de la clase baja, los *humilliores*, eran destinados á las minas, ó se les quitaba la vida (4).

Crímenes extraordinarios.—Además del robo, del hurto, de los daños en los bienes, en la persona ó en la reputacion, de que ya nos hemos ocupado al hablar de las ofensas particulares, aunque en las Legislaciones modernas los dos primeros se inclúyen entre los actos criminales, el Digesto trata de

(1) *Código penal*, art. 336-337-338.
(2) C. 9. 13.
(3) *Código penal*, art. 331, 332, 333.
(4) I. 4, 18, 7.—D. 48, 10.—C. 9, 22, 23.

ciertas transgresiones, llamadas crímenes extraordinarios, las cuales no se castigaban con penas determinadas (1).

Las leyes Cornelia, Pompeya y Julia echaron los cimientos del Derecho penal de Roma; pero los últimos Emperadores agravaron en gran manera la severidad de las penas, y Justiniano encubrió su rigor empleando los nombres de que se sirvieron los legisladores primitivos, movido del deseo de ocultar al público los progresos del despotismo.

Cómo se extinguian los delitos.—Segun el Derecho Romano los delitos se estinguian: 1.° por la muerte del criminal, á pesar de que en ciertos casos excepcionales se permitió durante el Imperio procesar á los difuntos para proceder á la confiscacion de sus bienes; 2.° por la remision del Soberano, la cual libertaba al delincuente de la pena, pero no quitaba á la parte ofendida el derecho de pedir daños y perjuicios; 3.° por la prescripcion mediante el transcurso de veinte años sin que se formulara acusacion, y en ciertos delitos al cabo de un plazo más breve fijado por la ley.

En Inglaterra no hay ninguna limitacion de tiempo pasado el cual no puedan perseguirse los delitos, con la excepcion de ciertos casos establecidos por Estatuto, como la traicion, el contrabando y otros. Un Estatuto (7, Guillermo III, c. 3.) dispone que ninguna persona puede ser procesada por delito de traicion pasados tres años desde la comision del delito, salvo el caso de asesinato frustrado del Soberano. Segun la costumbre de Escocia, los delitos prescriben á los veinte años, conforme á la regla del Derecho Romano; pero respecto de ciertas transgresiones, el Estado limita la prescripcion á un plazo más breve. La prescripcion de los delitos la consagra el Derecho francés segun ciertas reglas establecidas en el Código (2).

---

(1) D. 47, t. II, 21.
(2) *Code d'Instruction Criminelle*, art. 635-643.

CAPÍTULO IV.

DE LAS PENAS EN ROMA.

SUMARIO.=Multa.—Prision.—Pena de azotes.—El Talion.—Infamia.—De la esclavitud como pena.—Destierro.—Pena capital.

Cuando las leyes penales de los decemviros, que eran notables por su extraordinaria severidad, cayeron en desuso, los Romanos, por una transicion muy natural, pasaron de un extremo de rigor al extremo opuesto de lenidad. En un tiempo el derecho de condenar á muerte perteneció á la Asamblea general del pueblo, y se consideraba la persona del ciudadano tan sagrada, que la pena capital se aplicó raras veces. El Romano acusado de cualquier crímen castigado con pena capital, podia evitar la sentencia espatriándose voluntariamente; y esta tolerancia se llevó tan allá que, en tanto no hubiera votado la última de las centurias, podia retirarse públicamente y sin peligro á Rodas, Atenas ó cualquiera otra de las ciudades confederadas (1). A este período alude Tito Livio cuando dice que no habia pueblo más afecto á la moderacion en los castigos que el Romano. El dictador Syla, cuando se vió investido con el poder absoluto, quitó la vida á miles de ciudadanos por medio de la proscripcion, sin procedimiento alguno judicial; pero en el Código criminal Corneliano (2), la pena que por lo general se impuso á los crímenes más atroces era la *aquæ et ignis interdictio:* durante el Imperio las ejecuciones capitales eran frecuentes, y se introdujeron nuevos y crueles castigos (3).

---

(1) Polibio, VI, c. 2.
(2) Es decir, las leyes Cornelias, dadas en tiempo de Syla. (N. del T.)
(3) D. 48, 19, *De Pœnis.*—C. 9, 47.

Veamos brevemente algunas de las penas principales más en uso entre los Romanos.

Multa.—La imposicion de una multa por ciertos delitos era frecuente desde los tiempos más remotos. Al principio era tal la escasez de metálico, que las multas consistian en ganado, y segun algunos autores, la más subida de la ley Aternia (455 a. J. C.) nunca excedió de dos carneros y treinta bueyes (1). Pero despues se exigieron en vários períodos de la República multas mucho más crecidas, proporcionadas al caudal del delincuente y á la clase del delito.

Prision.—Una persona acusada por cualquiera delito podia ser encarcelada en tanto que era procesada. Si negaba su culpabilidad, se le exigia una fianza en garantía de que compareceria en su dia, evitando así el estar encarcelado; y á excepcion de casos extremos, áun cuando se le negara la admision de la fianza ordinaria, en lugar de detener al acusado en la cárcel pública, era puesto *in libera custodia;* esto es, se le confiaba al cuidado de uno de los magistrados de mayor categoría, ó de algun particular de distincion que respondia de su persona. La cárcel se usaba generalmente como un lugar de detencion miéntras se sentenciaba la causa, y tambien para las ejecuciones. La prision se usaba raras veces entre los Romanos como pena.

La primera cárcel de Roma se edificó por Anco Marcio, cerca del Foro. Otra se levantó despues por Apio Cláudio, el decemviro, en la cual él mismo fué ejecutado. La cárcel se confiaba al cuidado de un alcaide, que llevaba una lista exacta de los presos, de que se daba cuenta todos los meses á los *triumviri capitales.*

Pena de azotes.—Los azotes se aplicaban de vários maneras. La vara se usó para castigar á los ciudadanos Romanos hasta que fué abolida por la ley Porcia. A los desertores y á otros reos de delitos contra la disciplina militar se imponia un castigo que se llamaba *fustuarium*, y que era análogo al pase por baquetas. A una seña dada, todos los soldados de la legion

(1) Segun Aulo Gelio, habia en Italia muchos bueyes y pocos carneros, y esta es, á su juicio, la razon de la proporcion entre unos y otros en la multa. Aulo Gelio, lib. I, c. 1.—El Doctor Adam, en su *Roman Antiquities*, fija el máximun de la multa en *dos* bueyes y *treinta* carneros; 7.ª ed., p. 260.—Véase la obra del Doctor Colquhoun, *Summary of the Roman civil Law*, vol. II, p. 682.

caian sobre el delincuente con palos y piedras, matándole las más veces en el mismo sitio; pero, si se escapaba, no podia volver á su país natal. Se castigaba á los esclavos con azotes. En tiempo de los Emperadores se castigaba con frecuencia con el palo y azotes á los libertos de las clases más humildes.

El talion.—Las Doce Tablas autorizaban la pena del talion por daños corporales: ojo por ojo, miembro por miembro; pero este severo castigo se hizo efectivo raras veces, porque la ley permitia dar una compensacion pecuniaria en su lugar (1).

Infamia.—Esta se imponia de dos maneras: ó por los censores, ó por una sentencia judicial. La *nota censoria* producia una mancha en la reputacion, sin afectar á los derechos civiles; pero los que eran declarados infames por una sentencia judicial, se los excluia de los empleos y dignidades públicas, y eran privados de vários privilegios de que gozaban los demás ciudadanos.

De la esclavitud como pena.—El ciudadano Romano podia ser vendido como esclavo por vários delitos relacionados principalmente con la disciplina militar; tambien por no haber dado cuenta exacta de sus bienes á los censores; por negarse á servir en el ejército cuando el cónsul hacia un alistamiento, y por pasarse al enemigo en tiempo de guerra. Se suponia que las personas culpables de estos delitos renunciaban de su propia voluntad á los derechos que tenia todo ciudadano.

Durante el Imperio se condenaba á menudo á los criminales á trabajar en las minas ó en las obras públicas.

Destierro.—La *aquæ et ignis interdictio* (prohibicion de usar el agua y el fuego), era equivalente á la privacion de las cosas más necesarias para la vida, y su efecto era el de incapacitar á una persona para residir ó ejercer sus derechos de ciudadanía dentro de los límites señalados en la sentencia. No cesaba, sin embargo, de ser ciudadano Romano, á ménos que se avecindara en otro Estado; y si la interdiccion se levantaba debidamente, se le permitia volver á ocupar su posicion

(1) I. 4, 4, 7. Solon dispuso que el que quitara el ojo á un tuerto, perderia los dos suyos. En vista de esto se ha preguntado: ¿qué debe hacerse con el tuerto que sacara uno de los ojos á su vecino? Debe perder su único ojo, en cuyo caso quedaria ciego, sufriendo una pena mayor que el daño que él habia causado.

anterior en Roma. De esta manera, Ciceron, á quien se habia privado del fuego y del agua dentro de las cuatrocientas millas de Roma, volvió mediante una *lex centuriata*.

Reinando los Emperadores se introdujeron dos formas de destierro en el sentido ordinario de la palabra: *deportatio* y *relegatio*. La *deportatio* consistia en confinar á uno en algun lugar más ó ménos distante, generalmente en una de las pequeñas islas de la costa de Italia ó en el mar Egeo, que se consideraban como prisiones públicas; y aunque el reo no se veia rebajado á la condicion de esclavo, perdia sus bienes y todos sus derechos de ciudadano. La *relegatio* era la residencia forzosa en un paraje señalado en la sentencia, sin ser privado el delincuente de la libertad personal ni de los derechos de ciudadanía, y podia ser por tiempo definido ó indefinido. Algunas veces se prohibia á una persona la residencia en Roma ó en alguna provincia dada, dejándola en libertad de escojer cualquier otro punto; y otras tambien se le señalaba una isla ó alguna ciudad como residencia. Ovidio, que fué desterrado á Tomi, ciudad del Euxino, celebra, quizá no con gran sinceridad, la clemencia del Emperador por haber dictado sentencia tan benigna.

Pena capital.—En los tiempos primitivos la pena de muerte se imponia por medio de la horca, los azotes, la decapitacion ó arrojando los criminales desde la roca Tarpeya. El antiguo uso de azotar, *more majorum*, lo describe Suetonio diciendo: «Era la costumbre desnudar al criminal y azotarle hasta que muriese, teniendo la cabeza sujeta dentro de la horca de una estaca» (1). La ejecucion generalmente tenia lugar al son de una trompeta en un campo fuera de la puerta Esquilina.

Tambien se ejecutaba á muchos en la cárcel por medio de la estrangulacion, ó precipitándolos de un punto elevado llamado *Robur*.

Los esclavos, despues de azotados, eran crucificados, fijando en su pecho un rótulo que esplicaba el crímen que habian cometido, y se les obligaba á llevar la cruz al sitio de la ejecucion. No era posible muerte más lenta y horrible cuando se dejaba al reo colgado de la cruz hasta perecer, sin que hubiera quien pusiera fin á sus tormentos. Algunas veces se los axfisiaba con el humo de un fuego encendido al efecto al pié de la cruz; otras, un testigo misericordioso daba una lanzada á la víctima para poner término á sus padecimientos. Este castigo bárbaro, que, segun Ciceron, fué inventado por Tarquino el Soberbio, continuó en vigor hasta que Constantino, por respeto al símbolo sagrado, lo abolió en toda la extension del Imperio Romano.

(1) Sueton, in. Ner., c. 49.

Durante la República, los lictores ejecutaban las penas capitales impuestas á los ciudadanos Romanos. Pero habia un verdugo (*carnifex*), uno de los más odiosos funcionarios de la administracion de justicia, y á quien no se permitia vivir dentro de la ciudad. Era de su obligacion el ejecutar á los esclavos y á las personas de condicion vil condenadas á penas infames, tales como la cruz ó la estrangulacion dentro de la cárcel (1).

Los Emperadores introdujeron algunas nuevas y crueles formas de ejecutar la pena capital, como el ser quemado vivo, el ser arrojado á las fieras, y otras análogas. La costumbre inhumana de entregar los criminales á la furia de las fieras, usada entre los Cartagineses, se adoptó en Roma en tiempo de Tiberio. A veces se condenaba al reo á entrar en una lucha mortal con un leon para diversion del populacho, y otras se le privaba de toda esperanza de salvar la vida atándole á una estaca, para que, sin oponer resistencia, fuera pasto de las hambrientas fieras. Que los primitivos cristianos tuvieron con alguna frecuencia esta suerte cruel se infiere de aquel párrafo tan conocido de Tertuliano: «Si el Tiber inunda sus orillas, si hay hambre ó peste, si el tiempo es demasiado frio, demasiado seco ó abrasador; si cualquiera calamidad pública nos abruma, el grito unánime del populacho es: «á los leones »con los cristianos: *christiani ad leonem*» (2).

En tiempo del Imperio, las personas de categoría eran tratadas, en punto á castigos, con más suavidad que las de las clases inferiores. La decapitacion y la deportacion se reserva-

(1) Beaufort, *Rep. Rom.*, t. I, p. 425.
(2) Sobre las penas en Roma, véase Beaufort, t. II, p. 115-118.

ban para los primeros, miéntras que á los otros se imponian las penas más severas y degradantes. En algunos casos los criminales de distincion, reos de delito contra el Estado, tenian el derecho de escojer la forma de muerte que les pareciera ménos penosa, como sucedió con Séneca, el cual, habiendo sido condenado por ocultar una conspiracion contra el Emperador Neron, prefirió morir en un baño de agua templada despues de haberse abierto las venas.

CAPÍTULO V.

DEL DERECHO PENAL EN FRANCIA Y EN LA GRAN BRETAÑA.

SUMARIO.—I. DERECHO FRANCÉS.—Legislacion penal.—El Jurado.—Penas principales.—Modos antiguos de ejecutar la pena de muerte.—La guillotina.—Mejoras recientes.=II. DERECHO PENAL DE LA GRAN BRETAÑA.—Clasificacion de los crímenes.—Procedimiento.—Veredicto del Jurado.—Causas por traicion.—Penas principales.—Ejecucion de la pena capital en muchos casos.—Reduccion de los delitos castigados con pena capital.—La pena de la servidumbre.=III. DERECHO ESPAÑOL.—Clasificacion.—Grados de delincuencia.—Penas.—Jurado.

I.—DERECHO FRANCÉS.

Legislacion penal.—Antes de la revolucion de 1789, el Derecho criminal de Francia era arbitrario y confuso, y además cruel hasta un punto indecible. La primera Asamblea Nacional mejoró en 1791 el sistema penal, reformó los tribunales é introdujo la publicidad en los procedimientos y el Jurado. Desde entónces se rehizo todo el Derecho penal ahora comprendido en el Código de instruccion criminal de 1808 y el Código penal de 1810, revisados ámbos en 1832, habiendo además numerosas leyes referentes á asuntos especiales, que forman una coleccion mucho más considerable que los Códigos mismos.

Segun el sistema penal francés, las transgresiones se clasifican en tres grupos: 1.° *crimes*, que se juzgan ante el Jurado y se castigan con penas severas ó infamantes; 2.° *delicts*, en que entienden los tribunales correccionales sin el Jurado, y se castigan con la privacion temporal de ciertos derechos civiles ó con una multa; 3.° *contraventions*, que son los hechos punibles de escasa importancia, de que conoce la policía, y

que se castigan con una prision, que no debe exceder de cinco dias, y multas, que no deben pasar de quince francos (1).

El Jurado.—En Francia, en todas las causas criminales interviene un funcionario público, un fiscal nombrado por el Gobierno. El Jurado consta de doce indivíduos. Al principio, para que hubiera veredicto, bastaba la mayoría sencilla; pero por la ley de 28 de Abril 1833, ningun fallo puede dictarse contra el acusado sino por más de siete votos. Por mayoría tambien de más de siete votos, el Jurado reconoce la existencia de circunstancias atenuantes que aminoran la pena.

Penas principales.—En el Código penal se definen todos los crímenes y se expecifican todas las penas, estableciéndose un *máximum* y un *mínimum* tocante á alguna de éstas. Las principales usadas hoy en Francia, son: la muerte, el trabajo forzoso perpétuo ó por un período determinado, la deportacion por toda la vida á algun punto fuera del territorio continental de Francia, el destierro del territorio nacional por un tiempo fijo, la detencion en una fortaleza, el encierro en una casa de correccion, la privacion de los derechos civiles y la multa.

Modos antiguos de ejecutar la pena de muerte.—La guillotina.—Antiguamente habia cinco modos de imponer la pena capital en Francia. La hoguera donde se quemaba vivo al reo, la rueda, la horca, la decapitacion y el descuartizamiento. A estas formas se añadian á veces tormentos extraordinarios, como el desgarrar las carnes con tenazas candentes, el echar plomo derretido y azufre en las heridas, el cortar la lengua, y otras atrocidades semejantes, que, aunque las encontramos en

(1) Se han dictado nuevas disposiciones desde 1832, sobre todo en 1858 y en 1863. Transcribimos una de ellas, que tiene por objeto la represion de una costumbre que ha producido ciertos inconvenientes en Inglaterra y Escocia. «Cualquiera que vista en público un uniforme ó traje, ó use una condecoracion á que no tenga derecho, será reducido á prision por seis meses. El que sin derecho, y con la mira de atribuirse distinciones honorarias, use públicamente un título, ó cambie ó modifique el apellido con que está inscrito en el registro público, será castigado con una multa de 500 á 1000 francos.» El delincuente tiene que pagar las costas, y la sentencia se publica en los periódicos.—Ley de 28 Mayo de 1858.

sentencias judiciales, son apénas creibles (1) (*). En el régimen antiguo, al paso que los nobles eran decapitados, los criminales de inferior clase eran ahorcados; pero hoy todos los condenados á muerte son decapitados por medio de la guillotina. Esta máquina, aunque despierta tristes recuerdos por el inmenso número de los que así murieron durante el reinado del Terror, se introdujo y se ha conservado por motivos de humanidad, pues hace padecer ménos que la decapitacion por el hacha ó la espada usada en algunos países.

El proyecto para la abolicion de la pena de muerte, apoyado por Robespierre, fué rechazado por la Asamblea Nacional. El punto referente al modo de la ejecucion era una cuestion puramente de igualdad. Despues de la revolucion de 1848, la pena de muerte se abolió para todos los crímenes políticos; pero se restableció en 1853 para todos los atentados criminales contra el jefe del Estado (2).

Mejoras recientes.—La ley de 28 Abril 1832 mejoró mucho el Código penal, suavizando generalmente la escala de penas; muchos delitos castigados ántes con la muerte dejaron de serlo, y las bárbaras penas de la mutilacion, de la marca y de la argolla se abolieron por completo. La pena de confiscacion se abrogó despues de la restauracion de Luis XVIII. Los criminales sentenciados á muerte, á trabajos forzosos de por vida ó á la deportacion, estaban sujetos ántes á lo que se llama-

(1) Cuando el General Kleber murió asesinado á manos de un fanático en Egipto, en 1808, el reo fué condenado á ser empalado, que es, al parecer, la pena impuesta á los asesinos por el Derecho turco.

(*) La sentencia dictada contra Ravaillac, asesino de Enrique IV, disponia que despues de confesar aquel públicamente su delito, «fuera conducido á la Greve, y en el cadalso que allí se levantara se desgarrara con tenazas candentes su cuerpo, brazos y piernas; que se pusiera en su mano derecha el cuchillo con que habia cometido el homicidio, y luégo se la quemara y tostara con azufre ardiendo; y que en los sitios del cuerpo que se hubieran desgarrado con las tenazas, se pusiera plomo derretido, aceite hirviendo cuanto fuera posible, con cera y azufre mezclado; y que despues se descuartizara, se quemaran sus restos y se aventaran las cenizas. Se confiscaron todos sus bienes, se demolió la casa en que habia nacido, indemnizando al dueño y prohibiendo que se reedificara; los padres del reo fueron desterrados; se obligó á los demás parientes de Ravaillac á mudar de apellido; y ántes de la ejecucion de la sentencia sufrió aquel de nuevo el tormento con el fin de obligarle á descubrir á sus cómplices.—*Memorias de Sully*, vol. V, p. 234. Traduccion inglesa, 1812.

(2) Ortolan, *Elements du Droit Penal*, París, 1855, p. 69.

ba la *muerte civil*, la cual llevaba consigo la pérdida de los bienes y de todos los derechos civiles; pero esta pena, condenada como inútil hacia ya mucho tiempo, se abolió al fin por la ley de 31 de Mayo de 1854 (1).

II.—Derecho penal de la Gran-Bretaña.

Clasificacion de los crímenes.—En el Derecho inglés los crímenes se dividen en dos clases: felonía (*felony*) y delito (*misdemeanon*). La *traicion* es el grado más elevado de la felonía, y un *misdemeanon* es una transgresion ménos grave en la escala criminal que la felonía, pero separada de ella por un límite arbitrario. La principal diferencia práctica consiste en las consecuencias que en cada caso produce la condenacion. El reo de felonía capital pierde todos sus bienes reales y personales; el de felonía no capital pierde sólo los personales; el de *misdemeanon* no pierde nada (2).

Además de estas clases de crímenes hay muchas transgresiones de los Estatutos, sometidas á la jurisdiccion sumaria de los jueces de paz. La distincion entre la felonía y el *misdemeanon* es desconocida en Escocia. La condenacion á muerte allí lleva consigo sólo la pérdida de los bienes muebles. En todos los demás casos en que la pena no es capital, ni áun los muebles se pierden, salvo en algunos pocos crímenes en que esto constituye parte de la pena, y en la proscripcion (*outlawry*) (3).

Procedimiento.—Uno de los grandes defectos del procedimiento criminal en Inglaterra es la falta de un fiscal como los que existen en Francia y en Escocia (4). Generalmente hablando, todo ciudadano tiene el derecho de acusar á un delincuente en nombre del Soberano; pero por lo comun toca hacer esto á la persona ofendida, á pesar de que en algunos casos persigue el delito la Corona. Dice Lord Brougham: «reconocer

(1) Ortolan, p. 715.
(2) *Compendium de Paterson*, p. 342.—*Com. de Broon*, p. 891.
(3) *Criminal Law* de Hume, p. 483-492.
(4) Mr. Russel Gurney, *recorder* de Lóndres, propuso un proyecto de ley, que fué tomado en consideracion por la Cámara de los Comunes en Febrero de 1872, en el que se proponia el establecimiento del ministerio público; pero la opinion pública se muestra poco dispuesta á imitar en este punto á los pueblos del Continente. (N. del T.)

en todo miembro de la comunidad el derecho de entablar en nombre del Soberano un juicio criminal por cualquiera delito, obedeciendo sólo á su propio criterio y estando facultado el Soberano para suspender el procedimiento, y corriendo de cuenta del indivíduo todas las costas, aunque con la esperanza que el tribunal le reembolse; gravar á la parte perjudicada con los gastos y molestias necesarios para llevar ante los tribunales al que le ha injuriado; consentir que el delincuente poderoso compre al actor, miéntras que el desvalido tiene que soportar el juicio entablado; distribuir la responsabilidad de declarar inocente á uno verdaderamente culpable y de molestar y condenar á un inocente que no debia ser procesado, entre veintitres caballeros del campo ó mercaderes de las ciudades, al mismo tiempo que las personas facultativas no responden ni de las omisiones, ni de los abusos: éste es el sistema inglés de enjuiciamiento; cosa tan mala, que, podemos asegurarlo, no existe igual en ningun otro país» (1).

En Escocia, el Lord abogado y sus delegados son los encargados de perseguir todos los crímenes, con la asistencia de los procuradores fiscales, que son los que inician y recogen las pruebas en las causas criminales. En los tribunales inferiores el acusador es el mismo procurador fiscal, que es procurador (*solicitor*), no abogado. El ofendido ó sus parientes, no las personas extrañas, están facultados para acusar en ciertos casos; pero no lo pueden hacer sino asistidos por el ministerio público.

Veredicto del Jurado.—El Jurado en Inglaterra consta de doce individuos, y su veredicto ha de ser unánime. En Escocia, el Jurado en las causas criminales consta de quince, y el veredicto es por mayoría. No parece que hay motivo para que el número de los jurados no sea rebajado á doce; pero en ningun caso debe permitirse que por una mayoría escasa se dé un veredicto contra un reo, en razon del gran riesgo que hay de que incurran en error, y tal vez seria oportuno adoptar la regla francesa, en virtud de la que se exige en un Jurado de

(1) El Estatuto de 5 de Agosto de 1873 (36 y 37, c. 66) sobre la constitucion de un Tribunal Supremo, no sólo ha modificado radicalmente la organizacion judicial, sino que estatuye en punto á jurisdiccion, y competencia, y en un anejo á la ley se determinan nuevas reglas de procedimiento. (N. del T.)

doce una mayoría de más de siete votos, lo cual hace necesaria la concurrencia, por lo ménos, de las dos terceras partes del Jurado (1).

Causas por traicion.—Desde la union de los dos reinos en 1707, se han asimilado las leyes de Inglaterra y de Escocia relativas al delito de traicion. El juicio se sustancia segun las formalidades inglesas. Presenta el escrito de acusacion el gran Jurado: el pequeño Jurado consta de doce personas. El castigo con que se pena la traicion, si se trata de varones, consiste en llevar al reo en un zarzo al lugar del suplicio, y allí se le ahorcaba, y despues se separaba la cabeza del tronco y el cuerpo se dividia en cuatro partes, quedando éstas y la cabeza á la disposicion de la Corona; y todo esto acompañado de la pérdida de todas las dignidades y bienes reales y personales, y el envilecimiento de la sangre (*corruption of blood*). Al Soberano se le reservaba la facultad de conmutar esta pena con la de decapitacion. En tiempo de Blackstone, el reo de traicion, si era varon, se le ahorcaba; pero ántes de que muriera se le quitaba de la horca, y se le sacaban las entrañas y se quemaban; si era mujer, se la llevaba al lugar del suplicio, y allí se la quemaba viva. Con arreglo á Estatutos publicados durante el reinado de Jorge III, se modificó la penalidad en el caso de los varones, aboliendo la costumbre salvaje de arrancar las entrañas, y las hembras morian en la horca.

Penas principales.—En la Gran Bretaña, el Derecho comun fija en algunos casos las penas; pero los Estatutos lo hacen con más frecuencia. Las penas principales son: la

(1) En Escocia el Jurado puede condenar al acusado por una mayoría de ocho contra siete, es decir, por *un* voto. En Francia han de ser por lo ménos ocho contra cuatro; es decir, una mayoría doble de la minoría.

En los pleitos civiles, el Jurado en Escocia se compone de doce individuos, y hubo un tiempo en que se exigió la unanimidad. Pero por un Estatuto (22 y 23, Vict., c. 7), si están conformes *nueve* de los doce jurados despues de *tres* horas de deliberacion, pueden dictar veredicto; y si los *nueve* no llegan á un acuerdo despues de *seis* horas de deliberar, el Jurado se disuelve sin dictarle (*).

Aunque esta modificacion fué recomendada por los más eminentes jurisconsultos de Inglaterra, el principio de la unanimidad todavía se mantiene en los tribunales ingleses, así en las causas criminales, como en las civiles.

(*) Con arreglo al Estatuto 31 y 32, Vict., c. 100, § 48, el Jurado, despues de haber deliberado á puerta cerrada durante tres horas, puede dictar veredicto por mayoría, la cual ha de ser por lo ménos de siete contra cinco.

muerte, la servidumbre penal, que ha sido sustituida por la deportacion ultramarina; la prision con ó sin el trabajo forzoso, en algunos casos los azotes, y la multa.

El modo ordinario de ejecutar la pena capital usado desde los tiempos más antiguos, consiste en colgar al reo por el pescuezo hasta que muere; y si era reo de asesinato, su cadáver (que antiguamente se entregaba á los doctores para las disecciones), se enterraba dentro del recinto de la cárcel en que habia estado despues de dictada la sentencia. Caso de traicion, como ya hemos visto, acompañan á la multa otras penas crueles, y la decapitacion sustituye á veces á la horca, sobre todo cuando se trata de criminales de distincion que hayan cometido delitos contra el Estado.

Sistema penal antiguo.—Antiguamente el ser quemado vivo era la suerte inevitable de todos los reos de heregía y sacrilegio. Las causas por brujerías eran frecuentes en Inglaterra y Escocia hasta fines del siglo XVII. Sir Matthew Hale condenó á dos pobres mujeres por este delito en 1664. Poco despues se efectuó un cambio en el criterio de los jueces ingleses, y el Justicia mayor Holt, en vários juicios, se dirigió al Jurado con tanta firmeza y sensatez, que obtuvo veredictos absolutorios. Sin embargo, posteriormente, en 1716, la señora Hicks y su hija, de nueve años de edad, fueron condenadas á muerte por haber vendido sus almas al demonio. En Escocia, en donde esta preocupacion ejerció gran imperio, la última ejecucion por este delito tuvo lugar en 1722, en Dornoch, en cumplimiento de una sentencia del sheriff del condado de Sutherland. Los Estatutos penales contra la brujería se abolieron en 1736, y el supuesto ejercicio de las artes maléficas se castigó con la prision y la picota.

Entre las leyes de Guillermo el Conquistador, la mutilacion figura en lugar preferente como castigo, con tan terribles detalles como el de arrancar los ojos, el amputar los piés y las manos, y otros semejantes (1). Durante el reinado de los Tudores, la multa y la prision eran las penas más frecuentemente impuestas por la Cámara Estrellada; pero la picota,

(1) «Interdicimus ne quis occidatur vel suspendatur pro aliqua culpa; sed eruantur oculi, abscindantur pedes, vel testiculi vel manus.»—Leg. Gul. I. cap. 7.—Fleta, lib. I, c. 38.—Brac., lib. 3, c. 32.

los azotes, la marca, el cortar las orejas, fueron haciéndose frecuentes (1). Estos abusos llamaron la atencion al verificarse la revolucion, y se declaró en el *bill* de Derechos que no se impusieran castigos crueles ó extraordinarios. Las mutilaciones y la marca se han abandonado desde hace tiempo; los Estatutos han abolido la picota, y el cepo ha caido en desuso por ser incompatible con las costumbres modernas.

Inejecucion de la pena capital en muchos casos.—Antiguamente el Derecho inglés asignaba la pena capital á muchas clases de delitos; pero sólo se ejecutaba en algunos de ellos. A principios del siglo actual, la sentencia de muerte no se ejecutaba sino en una sesta parte de los casos en que se imponia, aunque se tratara de los crímenes más atroces; y si se prescinde de éstos, la proporcion entre el número de los ejecutados con el de los condenados era de uno á veinte (2). Para suavizar el rigor de la ley, se invocaba constantemente la prerogativa régia, y cada año las ejecuciones capitales fueron siendo ménos frecuentes. Al fin (4, Jorge IV, c. 48), se estableció que cuando un reo resultara convicto de un delito castigado con la pérdida de la vida, y el juez consideraba que se le podia recomendar á la régia conmiseracion, el tribunal debia abstenerse de dictar la sentencia de muerte, mandando que se registrara, cuyo registro producia el efecto de una suspension de la ejecucion de la sentencia. Mediante este expediente extraordinario, que trasferia una parte de la régia prerogativa á los jueces, el Parlamento declaró prácticamente que los Estatutos que castigaban con la muerte ciertos delitos no debian ejecutarse en todos los casos.

La Legislacion escocesa tiene una extraña peculiaridad, y es, que el Lord abogado, como ministro responsable de la Corona en su condicion de fiscal público, puede, si lo cree oportuno, omitir el hacer ciertos cargos, y reducir el castigo á una pena arbitraria inferior á la de muerte ántes de que se vaya á ejecutar la sentencia.

En un tiempo estuvo muy admitida la teoría sostenida por el Dr. Paley, que gustaba de ensalzar los abusos existentes,

(1) Hallam, *Constitutional History of England*, vol. I, p. 484-493.
(2) May, *Constitutional History of England*, vol. II, p. 597.

segun la cual era política, al formar las leyes penales, echar en la red todos los crímenes que pudieran merecer la pena de muerte, dejando al arbitrio de la Corona el suavizar el rigor de la ley siempre que apareciesen circunstancias atenuantes. Muchos escritores, sin embargo, han demostrado las flagrantes injusticias y las tristes consecuencias de semejante idea. Comentando la frecuencia con que se imponia la pena capital, que deshonraba el Derecho inglés de entónces, Blackstone dice: «es una triste verdad que entre la variedad de actos que los hombres pueden cometer, nada ménos que ciento sesenta han sido declarados por Estatutos del Parlamento felonías, sin derecho á la inmunidad ó fuero eclesiástico; en otras palabras, merecedores de la pena de muerte. Esta terrible lista, en lugar de disminuir, aumenta el número de los delincuentes. Los ofendidos, movidos por la compasion, se abstendrán con frecuencia de acusar; los jurados, por igual motivo, olvidarán sus juramentos, y absolverán ó mitigarán la naturaleza del delito; y los jueces, por idéntica razon, perdonarán á una mitad de los condenados, recomendándoles á la régia conmiseracion. Contando con tantas esperanzas de poder eludir la pena, el delincuente indiferente ú osado se olvida de que otros muchos sufren el fallo de la ley, se lanza resueltamente á cometer algun atentado desesperado para aliviar su indigencia ó para mantener sus vicios, y si inesperadamente la mano de la justicia se apodera de él, se considera principalmente infortunado al ver que es víctima de aquellas leyes que una larga impunidad le habia enseñado á despreciar» (1).

A pesar de tan valiosa invocacion á la justicia y á la humanidad, los delitos castigados con pena capital, en lugar de disminuirse, aumentaron mucho posteriormente. En tan poco se estimaba la vida humana, que desde la Reforma hasta la muerte de Jorge III, en un período de ciento sesenta años, se aplicó esta pena en el Código criminal á ciento ochenta y siete delitos más, que diferian totalmente entre sí en carácter y en grado (2). Al fin, la opinion sostenida por Beccaria, Montesquieu y Bentham, que los crímenes se impiden

(1) Black., *Com.*, lib. 4, c. 1.
(2) May., *Const. Hist.*, vol. II, p. 595.

más eficazmente por la *certeza* que por la *severidad* del castigo, empezó á ganar terreno, aunque con lentitud. A los esfuerzos de Sir Samuel Romilly se debe principalmente el haber echado los cimientos de la reforma del Derecho penal, que inició Sir Roberto Peel, y que con feliz éxito ha continuado durante el actual reinado.

Reduccion de los delitos castigados con pena capital.—Desde entónces, la pena capital ha dejado de imponerse á unos doscientos delitos, siendo tan sólo aplicable á los de alta traicion, asesinato y tentativa del mismo; al rapto y al incendio con riesgo de la vida y á la piratería, y al robo con escalamiento y en los caminos, cuando van acompañados de violencia y crueldad. Un Estatuto posterior borró el rapto de la lista de los delitos castigados con pena capital (1).

La pena de la servidumbre.—En vista de las grandes dificultades á que dió lugar el negarse las colonias á recibir los reos deportados á sus playas, la servidumbre penal vino á sustituir la deportacion ultramarina, y se dispuso (2) que ninguna persona podria ser deportada despues de 1.° de Julio de 1857, y que el que estuviese ya sentenciado á esta pena debia ser reducido á la servidumbre por un plazo de igual duracion que el de la deportacion á que estaria sujeto, si no se hubieran promulgado los Estatutos, dejando á salvo el criterio del tribunal en cuanto á las penas alternativas; y en el caso que se hubiera impuesto ántes de la promulgacion del Estatuto la pena de deportacion por siete años, el tribunal podia á su discrecion dictar sentencia, imponiendo la servidumbre por un tiempo que no habria de bajar de tres años.

Toda persona sentenciada á la servidumbre penal puede ser encerrada en cualquiera cárcel ó lugar de reclusion del Reino-Unido, y enviársele á cualquiera de los puntos de los dominios ultramarinos británicos á que podian ser mandados ántes los condenados á la deportacion, ó á cualquiera otro sitio, al otro lado del mar, que en adelante se disponga.

Cualquiera de los principales secretarios de Estado puede

(1) 7, Guill. IV, y 1, Vict., 84 á 89 y 91, presentado por Lord John Russell y promulgado en 13 de Julio de 1837.

(2) 16 y 17, Vict., c. 99; 20 y 21, Vict., c. 3.

conceder permiso para que se dé la libertad al condenado á la servidumbre penal; pero si el permiso se revocara, se le puede volver á aprisionar para que cumpla el resto de su condena (1).

Por los últimos Estatutos, cuando los delitos se castigan con la prision, la duracion de ésta se limita generalmente, no excediendo de tres años ó á lo más de cuatro; y frecuentemente á la prision acompañan los trabajos forzosos (*). La parte principal del Derecho criminal inglés está contenida en los Estatutos de 1861 (24 y 25, Vict., c. 94 al 100) sobre *consolidacion y enmienda del Derecho criminal* (2).

III.—Derecho español.

Clasificacion.—Se reputan delitos graves los que la ley castiga con penas aflictivas; ménos graves, los que se reprimen con penas correccionales; y faltas, las infracciones á que la ley señala penas leves.

Grados de delincuencia.—Se distingue el delito consumado, el frustrado y la tentativa; y por la participacion en la comision del delito, los autores, los cómplices y los encubridores.

Penas.—Son de cuatro clases: aflictivas (muerte, cadena, reclusion, relegacion, extrañamiento, presidio y prision ma-

(1) Estos dos Estatutos han sido modificados por el 27 y 28, Vict., c. 47 (25 de Julio de 1864). El mínimum de la servidumbre penal se fija en cinco años, y caso de reincidencia, en siete. El Estatuto se ocupa tambien de las penas corporales impuestas por delitos cometidos dentro de la prision, y de las licencias concedidas con arreglo á los Estatutos arriba mencionados.

(*) El Estatuto sobre los *criminales por hábito* de 1869 contiene importantes decisiones aplicables á Inglaterra y Escocia.

(2) Véase el Tratado escrito sobre estos Estatutos por Cárlos S. Greaves, 2.ª ed., Lóndres, 1862. Los principales Estatutos son: el 100, que trata de los delitos contra las personas; el c. 96, que se ocupa del hurto y otros análogos; el c. 97, que hace relacion á los daños en la propiedad; el c. 98 sobre falsificaciones; y el c. 99 sobre monederos falsos (*a*).

(*a*) Con posterioridad se han dictado varios Estatutos en materia penal: el de 4 de Julio de 1870 (33 y 34, c. 23) abolió la confiscacion que ántes llevaba consigo la comision de ciertos crímenes; el de 21 de Agosto de 1871 (34 y 35, c. 112) dictó várias disposiciones sobre la delincuencia habitual, vagancia, etc.; el de 30 de Julio de 1874 impone una penalidad más severa á las usurpaciones del estado civil, etcétera, etc. (N. del T.)

yor, confinamiento); correccionales (presidio y prision correccional, destierro, arresto mayor, etc.); leves (arresto menor y reprension privada); y accesorias (degradacion, interdiccion civil, etc.).

Jurado.—La ley de 22 de Diciembre de 1872 estableció el juicio oral y el Jurado; pero los ha dejado sin efecto el decreto de 3 de Enero de 1875.

CAPÍTULO VI.

EL FORO ROMANO.

SUMARIO.=Los primeros abogados fueron los patronos.—Los abogados durante el Imperio.—Traje.—Duracion de los informes.—Número de los abogados.—Remuneracion de los mismos.—Legados que se les dejaban.—Regulacion de los honorarios.—Edad necesaria para ejercer la abogacía.—Estudios.—Colegio de abogados.—Oradores anteriores á Ciceron.—Craso y Marco Antonio.—Oradores del tiempo de Ciceron.—Ciceron.—Hortensio.—Calvo y Asinio Polion.—Decadencia de la oratoria despues de Ciceron.—Plinio el Jóven.—Apuleyo.—Condiciones necesarias para ser abogado.

Los primeros abogados fueron los patronos.—En los tiempos primitivos los Romanos se dedicaban más á la carrera de las armas que al estudio del Derecho ó de la elocuencia. El jefe de toda casa patricia tenia un número de dependientes, los cuales le consideraban como su protector, y que á su vez tenian respecto de él ciertas obligaciones. Tal era la relacion de patrono á cliente. Uno de los deberes del patrono era el de auxiliar á su cliente en los pleitos, defendiéndole en los tribunales.

Los primeros abogados que aparecieron en el foro Romano no eran jurisconsultos; pero cuando la ciencia del Derecho se hizo más difícil y complicada, los abogados empezaron á consagrarse al estudio de la Jurisprudencia, y entónces surgió una nueva clase de hombres públicos, que reunian el doble carácter de grandes oradores y de ilustres jurisconsultos. En tiempo de la República el foro se tenia en mucha estimacion, y era el camino principal por donde se alcanzaban los cargos del Estado.

Los abogados durante el Imperio.—Hasta el fin de la República, los abogados se denominaban generalmente *patroni*: durante el Imperio se les llamaba por lo comun *advocati* y á veces *causidici*. En un rescripto de Valentiniano y Valente, en

que se declara que nadie podrá ser á la vez juez y abogado en el mismo pleito, los tres términos *patronus*, *advocatus* y *causidicus* se usan en idéntico sentido (1).

En las causas particulares era costumbre entregar al abogado un apunte hecho por un jurisconsulto, en el cual se dilucidaban todas las cuestiones de Derecho. Además solia acompañar á los abogados un legista de segundo órden, que se llamaba *leguleius* ó *formularius*, y á veces *monitor*.

Traje.—Entre los Romanos el traje del abogado era la *toga* blanca, que en un tiempo usaban por lo comun todos los ciudadanos. Empezó á abandonarse por las clases inferiores en tiempo de Caton el Censor, y habia caido en desuso al fin de la República, excepto entre los senadores y los caballeros. En tiempo de Augusto, los abogados fueron obligados á volver á vestir el antiguo traje del foro. Despues no se veia la toga sino en los tribunales de justicia, y la expresion *togati*, que Ciceron y Virgilio aplicaban á todo el pueblo Romano, llegó á ser la manera de designar á los abogados.

Duracion de los informes.—No se sabe de cierto si se ponia algun límite á la duracion de los informes orales en los tiempos primitivos; pero en la época de Ciceron, esto, al parecer, se dejó al criterio del juez, sobre todo en las causas privadas. En los juicios criminales, Pompeyo dispuso que el acusador no hablara más de dos horas, y el acusado más de tres; pero se permitia á veces á las partes excederse de estos límites cuando la naturaleza de la causa parecia exigir más tiempo. Poco despues concedió á los jueces la facultad discrecional de fijar la duracion de los discursos segun la importancia del asunto de que se hablaba. En las causas criminales el tiempo se dividia en la proporcion prescrita por Pompeyo; de suerte, que si se daban seis horas al acusador, se concedian nueve para la defensa (2).

Se usaba en los tribunales una *clepsidra* para medir el tiempo por la caida de cierta cantidad de agua, segun el mismo principio del moderno reloj de arena. Cuando el juez

(1) «Quisquis vult esse causidicus, non idem in eodem negotio sit advocatus et judex: quoniam aliquem inter arbitros et patronos oportet esse delectum.»—C. 1, 6, 6.

(2) Plin., Ep. IV, 9.

consentia en alargar el tiempo asignado al debate, se decia «que daba agua: *dare aquam*.» «En cuanto á mí, decia Plinio, cada vez que me siento en el escaño de los jueces (lo cual hago con más frecuencia que informar como abogado), siempre doy á los oradores toda el agua que necesitan, pues considero que es llevar hasta el colmo la presuncion el pretender, ántes de haber oido hablar sobre una causa, fijar con certeza el que se necesita, y poner límites á un asunto ántes de conocer su extension; sobre toda, cuando el primero y más sagrado deber del juez es la paciencia, que es, en verdad, una parte muy considerable de la justicia. Pero entónces se contestará: el abogado dirá muchas cosas que son inútiles. Concedido. Sin embargo, ¿no es preferible oir demasiado á no oir bastante? Además, ¿cómo es posible saber que las cosas son inútiles ántes de haberlas oido?» (1).

Dícese que Marco Aurelio tenia la costumbre de *dar mucha agua* á los abogados, y que hasta les permitia hablar todo el tiempo que quisieran.

Por una Constitucion de Valentiniano y Valente (368 d. J. C.) los abogados podian hablar sin límite de tiempo, pero con la condicion de no abusar de esta facultad para aumentar la cuantía de sus honorarios.

A veces los informes eran muy largos, pues, si hemos de creer á Justiniano, era para un abogado una especie de gloria el haber hablado todo un dia en una sola defensa. Régulo cansaba á los jueces con sus interminables oraciones. En el proceso de Marco Prisco, ante el Senado, Plinio estuvo perorando cerca de cinco horas. En otra ocasion, segun él mismo dice, habló durante siete horas ante los centumviros y un auditorio numeroso, con un éxito igual á su gran cansancio (2).

Número de abogados.—Segun la costumbre antigua, sólo se permitia que se oyera á un abogado por cada parte. Despues se aumentó el número.

Ciceron defendió á Celio con Craso; á Cornelio Bulbo con Pompeyo y Craso; à P. Sexto con Hortensio y otros. Scauro

(1) Plin., Ep. VI, 2.
(2) Plin., Ep. II, 11, y IV, 16.

tuvo seis abogados: Ciceron, Hortensio, M. Marcelo, P. Clodio, Calidio y Mesala Niger. A veces el número se aumentó hasta el punto de ser doce los abogados de una de las partes.

Ciceron desaprobaba esta costumbre, creyéndola grandemente inconveniente y contraria á las antiguas instituciones del foro. Durante el Imperio se rebajó el número de abogados, no admitiéndose más que dos ó tres por cada parte. Cuando el acusado no tenia defensor, era costumbre que el juez le nombrara uno. Hortensio y Ciceron tuvieron á veces que defender á rateros, y Asinio Polio, el amigo de Augusto, abogó en causas de paredes divisorias (1).

Remuneracion.—Durante algunos siglos despues de la fundacion de Roma, no existia la profesion de abogado, pues los deberes propios del patrono, uno de los cuales era la defensa de los clientes ante los tribunales, incumbian á los patricios, que formaban el primer órden entre los ciudadanos. No se daba entónces remuneracion por los trabajos forenses fuera de los servicios que todo cliente debia á su patrono. Despues que se modificaron las antiguas instituciones, y el Derecho llegó á ser una ciencia difícil y complicada, los clientes hacian presentes de diferentes clases á los que se encargaban de su defensa. Habiéndose considerado esta costumbre como un abuso, el tribuno Ciricio (204 a. J. C.) prohibió el tomar dinero ó regalos por este concepto; pero como no imponia la ley ninguna pena para castigar las contravenciones, apénas era observada, y ganaba terreno la opinion de que los abogados que habian necesitado consagrarse á los estudios especiales de su profesion tenian derecho á recibir alguna recompensa por sus servicios.

Antes de la caida de la República, era muy comun el pagar grandes honorarios á los abogados. M. Licinio Craso, cuyo caudal se ha calculado que ascendia á unos trescientos millones de reales, exigia de sus clientes sumas exhorbitantes; y de lo mismo se ha acusado á P. Clodio y á C. Curio. El mismo Ciceron, que aprovechaba todas las ocasiones para mostrar su respeto á la ley Cincia, y que sus entusiastas admiradores nos presentan como un verdadero modelo de desinterés, se

(1) Quint. IV, 1.—Grellet-Dumazeau, Barreau, Romain. París, 1851, p. 38.

cree que en este particular no ponia en práctica los principios que él profesaba. Hay motivos para asegurar que el millon de sextercios (unos ochocientos mil reales) que recibió de Publio Syla cuando estaba bajo el peso de una acusacion, y que Ciceron empleó en la compra de una casa, era ni más ni ménos que la remuneracion que se le daba por sus servicios forenses, aunque venia disfrazada, segun costumbre, en la forma de un empréstito secreto (1).

Legados dejados á los abogados.—Otro modo de recompensar á los abogados era por medio de legados, que les dejaban los clientes en sus testamentos. Estas mandas se consideraban honrosas cuando no se obtenian por fraude ó ejerciendo una presion indebida, y Ciceron se jactaba de haber recibido de esta manera sumas que ascendian á más de veinte millones de sextercios (más de diez y seis millones de reales).

Augusto trató de restablecer la antigua disciplina por un *senatusconsultum*, que ponia en vigor la ley Cincia, y declaró que los abogados á quienes se probara que habian recibido remuneracion de sus clientes, serian compelidos á devolver el cuádruplo. Era poco cuerda esta disposicion, que por el cambio de las circunstancias no era posible llevar á efecto en beneficio de aquellas partes á quienes queria proteger. Habia dejado el pueblo de ser el dispensador del poder político, y no debia esperarse que las personas capaces de abogar en los tribunales de justicia dedicasen su tiempo y su talento al servicio de quienes no esperaban remuneracion alguna.

Autorizacion de los honorarios.—Todas las tentativas hechas para hacer desaparecer la costumbre de pagar honorarios á los abogados fueron infructuosas. Pero en tiempo del Emperador Cláudio se ordenó que en ningun caso pasasen los honorarios de diez mil sextercios, que vienen á ser unos ocho mil reales. Trajano renovó esta ley, añadiendo que los honorarios no debian pagarse hasta despues de sentenciado el pleito. Con esto se queria poner coto al abuso de abandonar

(1) En el pleito entre Small y Attwood, recibió en concepto de honorarios Sir Thomas Wilde (despues Lord Truro) 8.000 libras esterlinas (unos 800.000 reales), que viene á ser la misma cantidad que se dió á Ciceron. M. Berryer dice que Gerbier, eminente abogado francés del siglo XVIII, recibió de un Gobernador de una colonia, por la prestacion de sus servicios, 300.000 francos.

una causa despues de haber percibido los honorarios por adelantado. Justiniano quitó esta restriccion, permitiendo que los abogados los recibiesen sin esperar á que se dictara la sentencia, y hay un pasaje en el Digesto en el que se menciona como precio legítimo de los honorarios en una causa cien áureos (1).

Por una ley de Constantino se prohibió á los abogados, bajo pena de pérdida del oficio, estipular con sus clientes la adquisicion de una parte de lo que se ganase en el pleito, lo cual se llamaba *pactum de quota litis*. En cási todos los países en que se ha adoptado el Derecho Romano, existe una regla semejante con el fin de mantener el honor de la profesion en toda su pureza.

Despues que el informar en el foro llegó á reconocerse como una profesion, se estableció el derecho de los abogados á una remuneracion pecuniaria. En la forma, sin embargo, lo que se pagaba no era más que una muestra de consideracion, hecha, no en concepto de locacion, sino como el premio de servicios que no podian estimarse debidamente. Por este motivo no podian los abogados ejercitar, para hacer efectivo el pago de sus honorarios, la *actio locati* ó la *actio mandati*; pero desde el reinado del Emperador Alejandro Severo estaban facultados para utilizar la *cognitio extraordinaria* (2).

En Francia, segun la jurisprudencia y el derecho antiguos, y conforme tambien á la opinion de los doctores, tenian accion los abogados para cobrar sus honorarios; pero segun la jurisprudencia más moderna del Parlamento de París y la doctrina hoy vigente respecto del foro, no puede ningun abogado utilizar semejante accion. De la misma manera en Inglaterra se considera que los abogados ejercen una carrera de un carácter honorario, y no pueden, por tanto, reclamar el pago de sus servicios, salvo que el cliente se haya obligado expresamente á pagarlos (3). Sobre este punto no hay mucha precision en las opiniones más autorizadas en Escocia. Lord Bankton dice: «aunque procede la accion para alcanzar semejante gratificacion, los abogados que se respetan detestan las

(1) D. 50, 13, 1, 12.
(2) D. 50, 13, 1, 10.—Maynz, § 301-303.
(3) Contracts de Addison, p. 507.

reclamaciones judiciales, y se acuerdan del dicho notable de Ulpiano, quien en análoga ocasion dijo: *quædam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur*» (1). Pero sostienen otros, cuya opinion es de gran peso, que no hay accion para exigir tales honorarios, presumiéndose, á falta de un convenio expreso, que se ha pagado al abogado ó que se ha ofrecido á trabajar *gratis* (2).

Edad necesaria para ejercer la abogacía.—Para que se pudiera pertenecer al foro Romano, la primera condicion era tener la edad competente, que se fijó en los diez y siete años por el edicto del pretor, confirmándolo luégo Justiniano (3).

No podia ejercer la abogacía ninguna persona declarada infame. Se permitia á las mujeres defender sus propios negocios, pero se les prohibia hacerlo en representacion de otro. Caya Afrania, mujer osada é insolente, acostumbraba á molestar al pretor con la violencia de sus arengas, y esto produjo el edicto que negaba á las mujeres la facultad de defender á personas extrañas en los tribunales. Esta prohibicion pasó del Edicto á las Pandectas (4).

Estudios.—Los que aspiraban á entrar en el foro estudiaban el Derecho durante cuatro años, que despues de Justiniano se aumentaron á cinco. Antes de ser admitidos tenian que sufrir un exámen público (5).

Colegio de abogados.—Probablemente que los abogados Romanos constituyeron una corporacion, llamada *ordo* ó *collegium*, hácia la época de Ulpiano; y no hay duda de que así sucedia en los reinados de Teodosio y sus sucesores. Los nombres de los abogados autorizados para actuar en los tribunales se inscribian en una tabla por el órden en que habian sido admitidos, gozaban de privilegios especiales, y si cometian faltas en el desempeño de su cargo, se los suspendia en el ejercicio de sus funciones por un término dado, privándoles á veces hasta de su título.

Desde Constantino hasta Justiniano, el foro se dividia en

(1) Bank, 4, 3, 4.—D. 50, 13, 1, 5.
(2) Stair, anotado por More, p. 126.—Practice de Shand, p. 80.
(3) D. 3, 1, 1. 5.
(4) D. 3, 1, 5.—Val. Max., VIII, 3, 2.
(5) D. Præf. Prim. Const., 2.

dos clases: los abogados que trabajaban y los supernumerarios. El número de los primeros era fijo en cada tribunal, y los nuevos se tomaban de los supernumerarios cuando ocurria alguna vacante. El tribunal del prefecto pretoriano de Oriente daba trabajo á 150 abogados; habia 50 en Alejandría, y además un gran número en las provincias. Pero áun aquellos cuyos nombres no estaban inscritos en las listas privilegiadas, pertenecian, á pesar de esto, al cuerpo, y podian actuar en algunos tribunales inferiores (1).

Todos los jueces procedian de la clase de abogados, y muchas veces eran éstos elevados á la presidencia de los mismos tribunales ante los cuales habian abogado. No pocos de ellos obtuvieron gobiernos de provincias, y con la ayuda de su mérito ó del favor subian por grados hasta las más encumbradas dignidades del Estado.

No es difícil formarse una idea general del género de elocuencia que prevalecia en el foro Romano durante un período no interrumpido de vários siglos, leyendo las obras de Ciceron, las *Instituciones* de Quintiliano y las *Epístolas* de Plinio.

Oradores anteriores á Ciceron.—Al dar cuenta de los oradores de Roma, Ciceron no extiende su exámen más allá de unos 150 años ántes de su consulado, nombrando como el primero y más antiguo de ellos á M. Cornelio Cethego. Era contemporáneo del poeta Ennio, y aunque su estilo era sencillo, tenia gran fuerza para persuadir. Caton el Censor vino despues de él; era conciso, intencionado y enérgico, y dícese que fué el primero que dió en Roma algunas reglas oratorias. Quintiliano dice de él: «su génio era, como su erudicion, universal; historiador, orador, jurisconsulto, cultivaba los tres ramos, y todo lo que emprendia lo llevaba á cabo con maestría.»

Craso y Marco Antonio.—Entre la muerte de Caton y el nacimiento de Ciceron trascurrieron unos cuarenta años. En aquel período, la elocuencia del foro hizo rápidos progresos, debidos á la influencia de la literatura y filosofía de Grecia, que empezaban á ser estudiadas por las clases ilustradas, mejorando su juicio y su gusto y ensanchando la esfera de sus conocimientos. De los abogados que aparecieron en esta época, los más ilustres eran Lucio Licinio Craso y Marco Antonio, abuelo del triumviro. Segun Ciceron, eran los dos oradores de más talla del foro, y los primeros Romanos que elevaron la elocuencia á la misma altura que habia alcanzado en Grecia.

(1) Grellet-Dumazeau, p. 79.

Oradores del tiempo de Ciceron.—Como la fortuna en el foro era el medio más seguro de ganar popularidad y distinciones, y abria uno de los caminos que conducian más directamente al poder, no es extraño que la oratoria se cultivara con más y más afan, hasta llegar á su punto culminante en tiempo de Ciceron. En el *Diálogo acerca de la Oratoria*, que unos atribuyen á Tácito y otros á Quintiliano, y que tiene lugar en el año sexto del reinado de Vespasiano (75 d. J. C.), Messala se expresa así: «Ciceron está á la cabeza de nuestros oradores Romanos, miéntras que Calvo, Asinio y César, Celio y Bruto le siguen á cierta distancia: todos ellos son superiores, no sólo á los de las épocas anteriores, sino tambien á todos los que han venido despues. No importa que difieran en el modo; en el género todos se igualan. Calvo es conciso y nervioso; Asinio, más ámplio y armonioso; César se distingue por lo magestuoso de su diccion; Célio, por su cáustica severidad; y la gravedad es lo característico en Bruto. Ciceron es más exuberante en sus amplificaciones, vigoroso y vehemente. Todos, sin embargo, tienen de comun lo varonil, lo puro y vigoroso de su elocuencia. Examinad sus obras y vereis en todos la energía propia de espíritus hermanos, una semejanza de familia en su génio, aunque tome un color distinto segun las cualidades peculiares de cada uno» (1). Esta opinion sobre la superioridad de Ciceron y de sus contemporáneos ha sido generalmente adoptada por los mejores críticos.

Ciceron.—El gran orador Romano se educaba, no sólo mediante un ejercicio constante, sino tambien estudiando con gran diligencia los mejores modelos de la Grecia. Su génio natural y su aplicacion suplian lo que faltaba. Ciceron, sin embargo, tenia detractores, que le echaban en cara el ser di-

(1) Diálogo acerca de la Oratoria, c. 25.

fuso, falto de vigor y exuberante en demasía, y que carecia de la fuerza, pureza y elegancia de la escuela ática. Quintiliano, aunque defendia á Ciceron de estos ataques, asignándole el puesto más elevado entre los oradores Romanos, dice con ingenuidad que no era posible añadir nada á su elocuencia, pero que sí lo era el quitarle algo.

Todas las oraciones de Ciceron que han llegado hasta nuestros dias, y que son cincuenta y nueve, fueron minuciosamente revisadas y corregidas por él ántes de ser publicadas. De las siete oraciones contra Verres, sólo las dos primeras se pronunciaron en el tribunal; las otras cinco se publicaron conforme se habian preparado, y se habrian dicho si Verres no hubiera abandonado su defensa. Como sucede con muchos de sus discursos, la defensa de Milon se reformó y se mejoró mucho despues de pronunciada; y dícese que como enviara una copia de ella á Milon, á la sazon desterrado, exclamó éste: «¡Oh, Ciceron; si hubieras hablado así, nunca habria tenido que comer el buen pescado de Marsella!» (1).

Hortensio.—Uno de los contemporáneos de Ciceron, aunque tenia ocho años más que él, era Hortensio, el cual, durante mucho tiempo, ejerció un predominio completo en el foro. Acudian á él con frecuencia los indivíduos del partido aristocrático, cuando se les acusaba de haber cometido los delitos de exacciones indebidas y malversacion en el Gobierno de las provincias, ó de soborno y corrupcion en las elecciones para los cargos públicos. Ciceron, en su obra titulada *Bruto*, hace una descripcion tan gráfica de Hortensio, que no podemos resistir al deseo de reproducirla. Despues de hablar de la elocuencia serena y fácil de Cotta, dice: «La palabra de Hortensio era espléndida, ardiente y animada, y mucho más vivo y patético todavía en su estilo, así como en su accion. Tenia una memoria tan sorprendente, que lo que preparaba en su gabinete podia repetirlo sin valerse de apuntes y empleando las mismísimas palabras con que lo habia escrito. Utilizaba esta ventaja natural con tanta rapidez, que no sólo se acordaba de todo lo que él habia escrito ó meditado, sino tambien de

(1) Dio. Cass. Hist. Rom., l. 51.

todo lo que habian dicho sus adversarios, y esto sin tomar notas. Tenia tal amor á la profesion, que no he visto á nadie dedicarse tanto á perfeccionarse en ella; pues no dejaba pasar dia sin hablar en el foro ó sin componer algo en su gabinete, y muchas veces hacia ámbas cosas en un mismo dia. Tenia además cierta manera de expresarse, que no pecaba de vaga ni de poco elevada, y poseia otras cualidades en que nadie le igualaba; una claridad y precision nada comunes al fijar los puntos de que iba á hablar, y una manera fácil y primorosa de recoger la sustancia de lo que él y su adversario habian dicho. Tenia además mucho gusto para escoger las palabras elegantes, una agradable fluidez en sus períodos, una elocuencia copiosa, con una voz dulce y sonora, que debia en parte á una hermosa capacidad natural y en parte á haberla adquirido mediante penosos ejercicios retóricos. En fin, tenia presente en la memoria todo el asunto, y lo dividia siempre con una grande exactitud; rara vez olvidaba algo que viniera en apoyo de sus alegaciones, ó que sirviera para refutar las de sus contrarios.»

Hortensio no tenia rival en el foro hasta que se encontró en frente de Ciceron. Despues de haber disfrutado de todos los honores públicos y reunido un gran caudal, Hortensio empezó á aflojar en su aplicacion intensa, entregándose á una vida cómoda y ociosa; miéntras que Ciceron, redoblando sus esfuerzos, llegó á obtener al fin, por el voto de todos, la palma de la elocuencia. Las oraciones de Hortensio, aunque se publicaron, no han llegado hasta nosotros, y otras obras que escribió tambien han perecido. Su elocuencia era de estilo florido ó asiático, y probablemente sus discursos eran mejor para oidos que para leidos. Además de una voz dulce y armoniosa, tenia una accion elegante y estudiada. Los antiguos escritores hablan del cuidado que ponia hasta en arreglar los pliegues de su toga, y se dice que el cómico Roscio iba á verle al foro para aprender de él. Poseia una riqueza inmensa; tenia várias casas de recreo magníficamente alhajadas, un Museo de cuadros valiosos, y una bodega donde se encontraban los mejores vinos, y parques con piscinas y toda clase de animales. Llegaron á adquirir fama sus suntuosos festines, y se dice que él fué el primero que en Roma presentó pavos reales en la mesa.

Murió á la edad de sesenta y cuatro años, en el año 703, algunos meses ántes de pasar César el Rubicon.

Calvo y Asinio Polion.—Segun Quintiliano, algunos preferian á Calvo á todos los oradores de su época. Su oratoria era grave y firme, su estilo castizo, y á menudo animado. El colmo de su ambicion era el que se considerara su elocuencia como ática. Su mayor defecto era, que tanto trabajaba en pulir su lenguaje, que llegó á pararse demasiado en nimiedades. Si hubiera vivido el tiempo necesario para corregir este defecto y dar mayor vuelo á su elocuencia, habria llegado á la cumbre del arte; pero fué arrebatado por una muerte prematura. Asinio Polion era un abogado acabado, con mucha clientela. De todas las eminencias del foro, pasaba por ser el más felizmente dotado de la facultad de hablar con elocuencia improvisadamente en cualquiera cuestion que de repente se le presentara. En cuanto á Bruto, dice Quintiliano que más servia para las especulaciones filosóficas que para la elocuencia.

En este período brillante, los indivíduos del foro Romano estudiaban con ardor todas las ramas de la ciencia; sus trabajos literarios eran notables, y muchos de ellos han dejado obras muy apreciables sobre vários asuntos. Cuando consideramos la carrera de Ciceron, que hizo oraciones de tanta valía, y las publicó con el mayor esmero despues de haberlas pronunciado; que tomó una parte tan principal en los negocios públicos durante el período más borrascoso de la República; que sucesivamente llegó á ser cuestor, edil, pretor, cónsul, procónsul y general de ejército, y recordamos sus numerosas obras en todos los órdenes de la literatura y de la filosofía, asombra su capacidad y flexibilidad de espíritu, y apénas podemos concebir cómo un hombre ha podido consagrarse á tantos y tan variados trabajos. Varron, que tambien pertenecia al foro, fué llamado «el más sábio de los Romanos;» y San Agustin declara que la vida de un hombre apénas basta para leer todo lo que él ha escrito. Caton el Antiguo, Lelio, Craso, los Antonios, Curio, Filipo, Hortensio, Cátulo, Asinio Polion, Messala, Corvino y cási todos los célebres oradores del Imperio, escribieron historias y otras obras en que hicieron gala de su gusto literario y vasta erudicion, y es excusado hablar de Quintiliano, Tácito, Suetonio y Plinio, que eran todos abogados.

Decadencia de la oratoria despues de Ciceron.

Despues del siglo de Ciceron, la elocuencia empezó á decaer y se introdujo un estilo declamatorio, redundante y afectado. Se hizo costumbre el enviar á los jóvenes destinados al foro á alguno de los pueblos del Asia, donde abundaban los profesores de retórica, y allí se enseñó una nueva manera de perorar, que se llamaba asiática. Era una mezcla de sutileza griega y pompa oriental, muy seductora en apariencia, pero de muy mal gusto; nada tenia de sencilla ni de natural, y sí mucho de difusa y ostentosa, con pretensiones de deslumbrar, empleando golpes de ingénio, metáforas rebuscadas y adornos supérfluos. A Hortensio se atribuye el haber introducido este lamentable estilo en el foro. Tenia muchos admiradores, que, faltándoles su talento y elocuencia, imitaban sus defectos; y así, por grados, la escuela asiática llegó á ser de moda en los tribunales de justicia.

La elocuencia del foro, ya muy en decadencia en el reinado del Emperador Augusto, descendió todavía más bajo sus sucesores. Desde Tiberio á Trajano, los abogados que se señalaron más en el foro fueron aquellos que alcanzaban una triste nombradía traficando con su saber para sostener acusaciones criminales, que tenian por objeto satisfacer la sed de venganza de Emperadores malvados. Pero áun durante este período se encuentran algunos hombres, que traen á la memoria los mejores dias del antiguo foro Romano.

Domicio Afer, que nació en el reinado de Augusto y murió á una edad avanzada en el de Neron, era el más reputado abogado de su tiempo. Hablaba despacio y con mucha gravedad. Su método era claro y lógico, su estilo conciso, ardiente y enérgico, sin supérfluas redundancias, y salpicaba sus discursos con rasgos de gracia é ironía, siendo siempre oido con gusto. Un dia Julio Gállico estaba abogando ante el Emperador Cláudio cerca de las orillas del Tiber, y como irritara al Príncipe, éste mandó que le echaran al rio. Algunos dias despues un cliente de Gállico llevó su pleito á Afer, suplicándole le defendiese ante el Emperador. «¿Y quién te ha dicho, contestó Afer, que yo sé nadar mejor que Gállico?»

Lo que mancha la reputacion de Afer es que se prestó á ser instrumento de las venganzas de Tiberio. Pero en aquellos tiempos nadie tenia segura la vida, y Domicio es posible que haya obrado por temor. Enemigo declarado de todo charlatanismo, dió el ejemplo de un estilo varonil en la elocuencia, y el foro, despertado por su ejemplo de un largo letargo, produjo algunos hombres eminentes, que actuaban como contrarios suyos ó le auxiliaban en todos los asuntos de importancia. Crispo Pasieno, Décimo Lelio y Julio Africano pueden ponerse á su lado; todos ellos eran hombres notables, y el último cási podia ser considerado á la altura de Afer.

Plinio el Jóven.—Plinio el Jóven era el último indivíduo del foro Romano que procuró devolverle algo de su antiguo renombre. Era discípulo de Quintiliano. No satisfecho con la elocuencia de sus contemporáneos, aspiraba á seguir los mejores ejemplos de los tiempos antiguos. A los diez y nueve años comenzó á hablar en el foro, y abogó con frecuencia ante el Tribunal de los centumviros y tambien en el Senado Romano. Llegó á ser pronto una eminencia. Su defensa de Accia Variola, una señora noble desheredada por su padre, se considera como su obra maestra.

Plinio y Tácito el Historiador eran amigos íntimos; los dos habian sido nombrados para dirigir el procedimiento contra Marco Prisco, procónsul de Africa, ante el Senado. Plinio sostuvo la acusacion, y despues de una brillante defensa que hizo Salvio Liberalis, dícese que «Tácito le contestó con gran elocuencia y con aquella dignidad que resplandece en todas sus oraciones.» Tal era el rebajamiento del foro en aquel período, que Plinio declara que se avergonzaba de ver el estilo corrompido y afeminado que se empleaba en el Tribunal de los centumviros; tanto, que pensaba retraerse de él completamente. Plinio escribió una historia de su tiempo y numerosas oraciones forenses que se han perdido; pero sus cartas y su panegírico del Emperador Trajano han llegado hasta nosotros.

Si Plinio era, bajo Neron y Trajano, un modelo de buen gusto, su ejemplo no fué seguido por sus colegas de segundo órden, á quienes se censura con justicia por sus citas inútiles y por sus digresiones fuera de todo propósito. A esta manía alude Marcial en su célebre epígrama: «Abogado, en este caso nada nos importan las violencias, los asesinatos, ni los envenenamientos. Yo acuso á mi vecino de haberme robado *tres cabras*, y el juez quiere que se pruebe esto. Vos, con toda la fuerza de vuestros pulmones, y dando manotadas en la barra, haceis mucho ruido hablando de la batalla de Cannas, de la guerra de Mitrídates, de la perfidia de los Cartagineses, y acerca de Syla, Mario y Mucio. Hablad, os lo ruego encarecidamente, de mis *tres cabras*» (1).

Apuleyo.—Una defensa del siglo segundo conocemos hoy: la que Apuleyo, abogado del foro Romano, hizo en Cartago ante el procónsul Cláudio Máximo cuando le acusaron de haberse valido de la mágia para conseguir el cariño de una mujer de más edad que él. En este discurso singular, Apuleyo, que habia nacido algunos años despues de la muerte de Plinio, se declara discípulo de Platon; y con el fin de sincerarse del cargo de haber usado la mágia, discute cuestiones de gramática, de historia natural y de física; hace citaciones de Moisés y Zoroastro, y pasa revista á todos los oradores, poetas y filósofos del mundo.

El llevar nuestras averiguaciones en este asunto más léjos seria entrar en el terreno de las conjeturas. Plinio el Jóven y Apuleyo son los últimos representantes conocidos del foro Romano; despues de ellos, la elocuencia forense, como arte, desapareció ante la ciencia de la Jurisprudencia.

Condiciones necesarias para ser abogado.—Mucho se ha escrito acerca de las condiciones que deben adornar á un abogado, de los conocimientos jurídicos necesarios para dirigir una causa, del estilo que debe adoptarse, de la accion y la diccion, de los estudios auxiliares á que debe dedicarse, y otros particulares del mismo género. Ciceron ha tratado este asunto con acierto. Pero la gran obra de Quintiliano, escrita durante el reinado de Domiciano, es el sistema más completo de retórica que los Romanos nos han dejado.

En el *Diálogo* de M. Loisel, abogado eminente del Parlamento de París, que vivia en el siglo XVI, encontramos algunos interesantes datos referentes á los más célebres abogados del foro francés. M. Pasquier, que toma parte en la discusion,

(1) Marcial, VI, 19.

dice: «Yo no deseo para un abogado todas las perfecciones que piden Ciceron, Quintiliano y otros para el orador; porque no considero que la elocuencia sea el primer requisito de un abogado. Es realmente uno de ellos, muy útil, sobre todo, en los informes importantes; pero no es lo que más se necesita para el foro. Lo que yo deseo en el mio es que sepa dirigir bien el pleito, preparar perfectamente los alegatos escritos, y cuando llegue el momento del informe oral, que trate con juicio de todos los incidentes de la causa y presente bien el punto principal, expresándose en lenguaje escogido, claro y sentencioso, más bien que redundante y difuso; basando sus argumentos en razones pertinentes, autoridades sérias y formales, téxtos legales, ordenanzas, costumbres y opiniones de los jurisconsultos, sin oscurecer el asunto con cosas supérfluas, embelleciéndolo á veces con algun toque de sentimiento ó alguna cita del griego ó del latin; pero tan expresiva y oportuna, que no sea posible decirlo mejor en francés..... En fin, deseo para mi abogado lo contrario de lo que pide Ciceron para su orador: que es la elocuencia en primer término, y despues algun conocimiento de Derecho; pues por mi parte declaro que, ántes de todo, el abogado debe de ser doctísimo en el conocimiento teórico y práctico del Derecho y un tanto elocuente, más bien dialéctico que retórico, y hombre de negocios y de juicio ántes que uno capaz de pronunciar grandes y largos discursos» (1).

Son muy sensatas estas reflexiones, y no obstante haber trascurrido tres siglos, son aplicables á los deberes de un abogado en los tiempos modernos, aunque son pocos los que ahora se atreven á sazonar sus informes con citas del griego por grande que sea su cultura (2).

---

(1) «Pasquier, ou Dialogue des Avocats du Parlament de París.» Este diálogo, que da cuenta de los principales abogados desde 1524 á 1599, ha sido reimpreso por Dupin, en una edicion de las «Lettres sur la profession d'Avocat, por Camus.» París, 1818, 2 vol.

(2) El que quiera estudiar más detenidamente lo relativo al foro Romano puede consultar, como nosotros hemos hecho, la obra titulada: *Le Barreau Romain depuis son origine jusqu'à Justinien*, por Grellet-Dumazeau. Paris, 1851.

ÍNDICE.

BOSQUEJO HISTÓRICO DEL DERECHO ROMANO.

CAPÍTULO PRIMERO.

Historia del Derecho Romano hasta Justiniano.

CAPÍTULO II.

Consolidacion del Derecho Romano en tiempo de Justiniano.

CAPÍTULO III.

Suerte del Derecho Romano despues de Justiniano y Renacimiento de su estudio en Europa.

CAPÍTULO PRELIMINAR.

De la Jurisprudencia y de las principales divisiones del Derecho.

EXPOSICION DEL DERECHO ROMANO

comparado en algunos puntos con el francés, el inglés y el escocés.

PARTE PRIMERA.

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS.

CAPÍTULO PRIMERO.

De las personas en general.

CAPÍTULO II.

De la capacidad civil de las personas.

CAPITULO III.

Ciudadanos y extranjeros.

CAPÍTULO IV.

De la esclavitud.

CAPÍTULO V.

Del matrimonio.

CAPÍTULO VI.

Del divorcio.

CAPÍTULO VII.

De la legitimacion de los hijos naturales.

CAPÍTULO VIII.

De la adopcion.

CAPÍTULO IX.

De la pátria potestad.

CAPÍTULO X.

De los tutores y curadores.

CAPÍTULO XI.

De las Corporaciones.

PARTE SEGUNDA.

DE LOS DERECHOS REALES.

CAPÍTULO PRIMERO.

De la division de las cosas.

CAPÍTULO II.

De la propiedad en general.

CAPÍTULO III.

De los distintos modos de adquirir la propiedad.

CAPÍTULO IV.

De la posesion.

CAPÍTULO V.

De las servidumbres prediales.

CAPÍTULO VI.

Usufructo, uso y habitacion.

CAPÍTULO VII.

De la enfitéusis y del derecho de superficie.

CAPÍTULO VIII.

De la prescripcion.

CAPÍTULO VI.

De las obligaciones que nacen de los cuasi-contratos.

CAPÍTULO VII.

De las obligaciones que nacen ex delicto y quasi ex delicto.

CAPÍTULO VIII.

Trasmision de las obligaciones.

CAPÍTULO IX.

Extincion de las obligaciones.

PARTE CUARTA.

DEL DERECHO DE SUCESION.

CAPÍTULO PRIMERO.

De la sucesion en general.

CAPÍTULO II.

De la sucesion testamentaria.

CAPÍTULO III.

Limitaciones de la facultad de disponer por testamento.

CAPÍTULO IV.

De los fideicomisos.

CAPÍTULO V.

De la anulacion y revocacion de los testamentos.

CAPÍTULO VI.

De los legados.

CAPÍTULO VII.

De la sucesion intestada en Roma.

CAPÍTULO VIII.

De la sucesion intestada en Francia, Inglaterra y Escocia.

PARTE QUINTA.

ACCIONES Y PROCEDIDIENTO CIVIL.

CAPÍTULO PRIMERO.

De los magistrados y jueces en las causas civiles.

CAPÍTULO II.

Modo de proceder en las causas civiles.

CAPÍTULO III.

Diferentes clases de acciones.

CAPÍTULO IV.

De los interdictos.

CAPÍTULO V.

De la defensa y otros trámites.

CAPÍTULO VI.

De las pruebas.

CAPÍTULO VII.

De las sentencias y su ejecucion.

CAPÍTULO VIII.

De las apelaciones.

CAPÍTULO IX.

De la insolvencia y de la cessio bonorum.

PARTE SESTA.

DERECHO PENAL Y PROCEDIMIENTO CRIMINAL.

CAPÍTULO PRIMERO.

De los tribunales del órden criminal.

CAPÍTULO II.

Procedimiento criminal.

CAPÍTULO III.

De los crímenes.

CAPÍTULO IV.

De las penas en Roma.

CAPÍTULO V.

Del Derecho penal en Francia y en la Gran Bretaña.

CAPÍTULO VI.

El foro Romano.